

ANDREA CARBONE

Associato di Diritto amministrativo e pubblico presso la Sapienza Università di Roma  
*andrea.carbone@uniroma1.it*

## **POTERE E SITUAZIONI GIURIDICHE SOGGETTIVE NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO**

### **ADMINISTRATIVE POWER AND SUBJECTIVE POSITIONS**

#### SINTESI

Il presente scritto propone una ricostruzione del potere amministrativo quale situazione giuridica che assume la sua consistenza in relazione alla struttura normativa della funzione. Passate in rassegna le varie concezioni del potere e della situazione che vi si rapporta, l'interesse legittimo, si assume un'impostazione che, partendo dalla struttura processuale del procedimento amministrativo, caratterizza in senso corrispondente le relative situazioni giuridiche soggettive, sostanziali e procedurali. In particolare, si dimostra come una siffatta ricostruzione comporti una specifica caratterizzazione della consistenza della discrezionalità amministrativa, la quale, a sua volta, consente di qualificare nei termini di pretesa all'utilità finale la situazione giuridica del privato che si rapporta con il potere amministrativo.

#### ABSTRACT

This paper proposes a reconstruction of administrative power as a legal position whose substance is defined in relation to the normative structure of the administrative action. After reviewing the various conceptions of power and of the legal position connected to it – namely, the *interesse legittimo* – we adopt an approach that, starting from the procedural structure of administrative proceedings, correspondingly characterizes the relevant subjective legal positions, both substantive and procedural. Particularly, we demonstrate how such a reconstruction entails a specific characterization of the administrative discretion, which in turn enables us to define the individual's legal position vis-à-vis administrative power in terms of entitlement to the final benefit.

PAROLE CHIAVE: diritto amministrativo; potere amministrativo; discrezionalità amministrativa; situazioni giuridiche soggettive; procedimento amministrativo; processo amministrativo.

KEYWORDS: administrative law; administrative power; administrative discretion; subjective juridical positions; administrative procedure; procedure before administrative courts.

INDICE: 1. Profili introduttivi. La considerazione del potere giuridico nel diritto amministrativo. – 1.1 La situazione giuridica del privato a fronte del potere amministrativo. – 2. Profili ricostruttivi del potere come situazione giuridica soggettiva. – 2.1 Profili ricostruttivi della situazione che si pone in rapporto con la situazione di potere. – 3. Prospettiva prettamente sostanzialistica e prospettiva procedurale del potere come situazione soggettiva. – 3.1 La situazione giuridica che si pone in rapporto con la situazione di potere in una prospettiva procedurale. – 3.2 (*segue*) Il rilievo procedurale della discrezionalità amministrativa. Definizione e conseguenze. – 4. Il rapporto tra potere amministrativo e processo giurisdizionale (tra ordine procedurale amministrativo e ordine procedurale giurisdizionale). – 4.1 Specificazioni in ordine al rapporto tra potere amministrativo discrezionale e processo giurisdizionale. – 4.2 Negazione di eventuali obiezioni in ordine ad una (presunta) sovrapposizione tra giudice e Amministrazione. – 5. Rilievo delle situazioni prettamente procedurali nella struttura normativa della funzione. – 6. Considerazioni sistematiche conseguenti. – 7. Considerazioni conclusive.

## **1. Profili introduttivi. La considerazione del potere giuridico nel diritto amministrativo**

Lo studio del diritto amministrativo può definirsi, in via generale, come lo studio dei rapporti tra P.A. e cittadini nella cura concreta degli interessi generali a cui la stessa organizzazione amministrativa è deputata da parte dell'ordinamento. In questo senso, può dirsi che tutti i profili a tali rapporti inerenti, quali organizzazione, esercizio della funzione, discrezionalità nelle scelte, rapporti formali e informali tra Amministrazione e amministrati, efficienza dell'azione, responsabilità, ecc., possono essere ascritti alla considerazione che si ha del *potere*.

Ciò che viene in rilievo, quale referente specifico della materia oggetto di operazione epistemologica, è dunque *la considerazione del potere giuridico nel diritto amministrativo*. È ciò di cui in questa sede ci si dovrà occupare<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Sul punto, per un maggiore approfondimento, si veda quanto da noi rappresentato in *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, I, *Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento*, Torino, 2020; II-1, *La situazione giuridica a rilievo sostanziale quale oggetto del processo amministrativo*, Torino, 2022; II-1, *Le situazioni prettamente procedurali*, Torino, 2023; ora tutti nell'edizione *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, I-II, rist. 2025, che contiene anche le *Considerazioni conclusive*, precedentemente inedite. Il presente scritto ne riprende l'impostazione di fondo.

Ora, in questa direzione, può ricordarsi, sotto un profilo storico, come la considerazione del potere, nell'ambito della tradizionale dogmatica pandettistica, corrispondesse, essenzialmente, alla scissione fra la predeterminazione normativa del diritto soggettivo nei suoi rapporti esterni, e la sua inerenza alla sfera interna del diritto stesso, come relativo alla volontà del suo esercizio. Il potere, in quest'ultimo senso, non rilevava giuridicamente all'interno di un rapporto, il cui ruolo era invece riservato al diritto soggettivo in sé considerato. Come conseguenza, mancava la giuridicizzazione dell'esplicazione potere, la quale veniva corrispondentemente a coincidere con una sfera di libertà propria dell'esercizio del diritto<sup>2</sup>.

Tale ricostruzione può essere ricondotta concettualmente ad una visione *prettamente statica* del diritto, ove il concetto di situazione giuridica è mutuato su quello proprio del diritto soggettivo assoluto – meglio, su ciò che, in una prospettiva dinamica, corrisponderebbe ad una situazione giuridica *finale*<sup>3</sup> – e ove lo stesso concetto di rapporto giuridico è la considerazione che dà la legge dei limiti di un diritto sull'altro, per il resto lasciando il loro esercizio al libero movimento delle sfere soggettive. In tale contesto, si arriva, nelle impostazioni più estreme, a negare la natura di diritto al credito, in ragione della sua essenziale inattività<sup>4</sup>. A sua volta, il potere, siccome ascritto alla generale espressione della volontà, non riesce a dare una sistemazione compiuta a quello che, nella realtà attuale, ne viene considerato il tratto fondamentale, cioè la specifica incisione effettuale su una situazione giuridica nel senso della sua costituzione, modificazione o estinzione: anche qui, nelle tesi più radicali, si conferisce al relativo carattere un rilievo parimenti statico, per cui esso non viene in sé soggettivizzato in un rapporto, ma, nella sua effettualità, può essere considerato proprio della stessa situazione finale quale potenzialmente incisa dal mutamento giuridico, pur non ancora operativo

---

2 In proposito, si veda in particolare G. DI GASPARÉ, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992, p. 12 ss., ed ivi i relativi riferimenti. Sul punto, sia consentito rinviare a quanto da noi sostenuto in *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., pp. 4 ss. e 36 ss.

3 Cioè una situazione che è regolata quale costituita, modificata o estinta da un potere: cfr. *Potere*, I, cit., p. 134 ss. Si veda *infra*, nel testo.

4 Si vedano ad es. D. BARBERO, *Il diritto soggettivo*, in *Foro it.*, 1939, IV, c. 36 ss.; G. SPERDUTI, *Contributo alla teoria delle situazioni giuridiche soggettive*, Milano, 1944, p. 71 ss., p. 95. Sul punto, per un approfondimento e una maggiore contestualizzazione, oltre che per più specifici riferimenti, cfr. *Potere*, I, cit., p. 178 ss.

(è, questo, il concetto del c.d. diritto *latente*<sup>5</sup>).

La visione appena rappresentata può essere contrapposta, sotto un profilo altrettanto concettuale, ad una visione *dinamica* del diritto. In quest'ultima prospettiva, tutt'al contrario della precedente, il concetto di situazione giuridica soggettiva è in sé assegnato a quella situazione che può essere potenzialmente inserita in un rapporto quale, essenzialmente, di pretesa-obbligo o non pretesa-facoltà<sup>6</sup>. La definizione in questo senso di situazione giuridica delinea così situazioni atomistiche, di teoria generale, rispetto alle quali il diritto positivo fa riferimento dando loro rilevanza autonoma o composita fra loro. In tale quadro, e attraverso tale scomposizione, anche i diritti assoluti partecipano del medesimo carattere relazionale<sup>7</sup>. Di conseguenza, si fa strada un concetto di situazione finale quale solo descrittivo, in sé strumentale a definire una situazione, intesa nel senso rappresen-

---

5 Si veda l'impostazione in tal senso di ALFR. ROCCO, *La sentenza civile. Studi*, Torino, 1906, p. 96 ss.; N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, I, Milano, 1924, p. 31; a tale prospettiva può essere ricondotta anche la prima elaborazione di F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, pp. 25 ss. e 54-55. Secondo la teoria appena menzionata, il mutamento giuridico preesisterebbe come diritto alla manifestazione di volontà del soggetto con cui si produrrebbe l'effetto, la quale servirebbe solo a rendere attuale l'obbligo, già esistente allo stato latente, cosicché la stessa manifestazione non rappresenterebbe che l'esercizio di quel diritto. La critica, che tradizionalmente viene formulata a tale impostazione, è quella per cui non potrebbe anticiparsi l'attualità dell'interesse tutelato al rapporto tra diritto e obbligo che sorgerebbe con l'esercizio del potere: cfr. G. AULETTA, *Poteri formativi e diritti potestativi*, in *Riv. it. dir. comm.*, 1939, I, p. 560 ss.; G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1935, p. 183; ID., *Principii di diritto processuale civile*, I, *Le azioni. Il processo di cognizione*, Napoli, 1965 (rist. 1923), p. 185, in nota. Essa rappresenta una precipua manifestazione della tendenziale contrapposizione tra una visione statica e una visione dinamica del diritto: cfr. *infra*, nel testo.

6 L'impostazione rappresentata è derivata dalla scomposizione tecnica dei piani delle differenti relazioni che possono porsi nell'ambito della realtà giuridica, effettuata da parte di W.N. HOHFELD, *Concetti giuridici fondamentali*, Torino, 1969 (op. orig. articoli del 1913 e 1917), p. 3 ss., il quale, attraverso la distinzione del piano dei concetti deontici e quello dei concetti anankastici, ha potuto superare la monoliticità dogmatica propria altrimenti del concetto di diritto soggettivo. Per tale via, e corretta qualche discrasia della stessa distinzione hohfeldiana, è stato possibile dunque sostenere che la situazione giuridica individua una figura di qualificazione deontica rispetto ad un comportamento che è causa di un effetto giuridico: si veda, in particolare, L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, I, *Teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007, pp. 143 ss. e 300 ss., su cui *infra*, in nota.

7 Cfr. ancora *Potere*, I, cit., p. 175 ss.

tato, che sia potenzialmente destinataria degli effetti del potere<sup>8</sup>; il medesimo concetto non va a costituire, invece, una tipologia di situazione giuridica, idonea ad ascrivere a sé, nei termini della potenzialità dell'incisione, anche la stessa dinamica del potere (attraverso il concetto di diritto latente). Il potere giuridico, in tale contesto, dovrebbe, allora, poter trovare la sua iscrizione in un rapporto, nei termini corrispondenti a quelli di una situazione soggettiva che si pone in relazione con le posizioni altrui<sup>9</sup>.

La contrapposizione appena effettuata, va aggiunto, è stata descritta sotto un profilo *logico*. Tuttavia, essa non è in sé neutra, ma corrisponde ad una contrapposizione di tipo *assiologico*.

La visione statica del diritto appartiene, infatti, ad un momento storico in cui il Parlamento è visto come espressione della società civile contrapposta allo Stato, rappresentato dal Sovrano e dai suoi Ministri. La staticità può essere assunta in ragione di una previsione normativa di stampo legislativo, proveniente dal Parlamento, che si eleva a regolare i rapporti tra tutti i soggetti del diritto. In questo senso, tutti i soggetti (pubblici e privati) sono sullo stesso piano rispetto alla legge, a loro esterna. A sua volta, ciò che va garantito nello Stato del primo Ottocento è la libertà nell'esercizio delle proprie facoltà, non lo svolgimento di relazioni P.A./cittadini giuridicamente regolate. La dogmatica di tipo statico si adatta dunque a tale rappresentazione dell'esperienza sociale, che costituisce il dato assiologico dell'ordinamento, idoneo ad esprimere giuridica rilevanza nella sistemazione dell'esperienza giuridica, influenzando, in questo senso, sulla stessa interpretazione del dato normativo.

La situazione viene tuttavia a mutare quando la visione dello Stato appena rappresentata viene meno, a seguito dell'evoluzione tardo-ottocentesca dello Stato liberale, che porta ad inglobare il Parlamento nello Stato, e a pervenire, per tale via, ad una riconsiderazione dello Stato stesso, che, sia in chiave di tendenza accentratrice e autoritaria, sia nella considerazione dello sviluppo dello Stato parlamentare, tendenzialmente pluriclasse, diviene esso stesso produttore della norma a cui è soggetto<sup>10</sup>. In tale contesto, risulta allora necessario ricercare un diverso

---

8 Come appunto da noi considerata in *Potere*, I, cit., p. 134 ss.

9 Cfr. sempre *Potere*, I, cit., pp. 57 ss. e 66 ss., nonché quanto detto subito sopra, in nota.

fondamento della giuridicità dell'attribuzione del potere<sup>11</sup>.

L'applicabilità di quelle categorie teoriche, di stampo statico, pur possibile sotto un profilo logico, entra quindi in crisi sotto un profilo assiologico<sup>12</sup>. La ricostruzione normativa assume così una chiave dinamica, corrispondente ad una concatenazione di obblighi, e, sotto il versante soggettivo, alla riconduzione dei rapporti al paradigma pretesa-obbligo e facoltà-non obbligo, rispetto alla cui scomposizione si viene a porre il concetto di diritto soggettivo.

---

10 Sul punto, si vedano, in particolare, P. COSTA, *Lo stato immaginario. Metafore e paradigmi della cultura giuridica italiana fra ottocento e novecento*, Milano, 1986, p. 9 ss.; M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'ottocento tedesco*, Milano, 1979, p. 3 ss.; A. MASSERA, *Contributo allo studio delle figure giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, I, *Stato ed organo amministrativo. Profili storico-dogmatici*, Milano, 1986, pp. 10 ss. e 193 ss.; G. DI GASPARE, *Il potere nel diritto pubblico*, cit., p. 21 ss., ed ivi i relativi riferimenti alla giuspubblicistica tedesca (tra cui in particolare Gerber, Laband, G. Jellinek, su cui cfr. *supra*, in nota) e italiana dell'epoca. Si veda poi anche quanto da noi riportato in *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., p. 4 ss., nt. 8; *Considerazioni generali sull'organizzazione amministrativa*, in *Federalismi.it*, 17/2024, p. 26 ss., ed ivi più approfonditi riferimenti.

11 Si veda ancora *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., p. 4 ss., nnt. 8-9; *Considerazioni generali sull'organizzazione amministrativa*, loc. ult. cit.

In particolare, si può ricordare come, una volta entrato in crisi il meccanismo della giuridicità basato sulla norma esterna bilatera, per i motivi descritti nel testo, e in disparte i tentativi di mantenere intatta quella logica attraverso la concezione dell'autolimitazione statale (la soluzione approntata da G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, cit., p. 10 ss.; ID., *La dottrina generale dello Stato*, cit., p. 302 ss., spec. pp. 346 ss. e 373 ss., che, per rimanere nell'ambito della personalità statale e della norma come regolativa del rapporto bilaterale, ricorre appunto alla teoria dell'autolimitazione dello Stato, che scaturisce dalla distinzione tra dottrina sociale dello Stato e dottrina giuridica dello Stato), si sia dovuto fare riferimento, come pure detto nel testo, ad un diverso fondamento per giustificare la giuridicità del potere pubblico. In questo quadro, salvo il ricorso all'istituzionismo (SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1946, seconda ed., prima ed. 1918), rimanendosi al contrario in una chiave di lettura normativistica, è stata in particolare la teorizzazione gradualistica kelseniana (H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 2000, op. orig. 1934, p. 50 ss.) che ha potuto fornire una giustificazione della giuridicità che prescindesse dal tradizionale riferimento al rapporto giuridico intersoggettivo: in quest'ottica, si assiste, infatti, al superamento della concezione dell'autolimitazione jellinekiana dello Stato attraverso la riconduzione del relativo momento alla potenzialità effettuale della norma fondamentale; attraverso, cioè, la sua considerazione quale limite intrinseco al momento genetico del diritto, assunto in termini di ipoteticità della norma. In un'ulteriore ricostruzione, del pari di stampo normativista, che si rinviene in C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, Milano, 1998 (rist. 1940), spec. p. 53 ss., la giuridicità è stata fatta invece derivare dal fatto normativo della costituzione in senso materiale, quale insieme di forze, di rapporti e di situazioni che scaturiscono

### 1.1 La situazione giuridica del privato a fronte del potere amministrativo

Il punto appena rappresentato è rilevante, in quanto la figura che tradizionalmente, nel diritto pubblico, descrive la posizione del soggetto che si confronta con il potere, cioè l'interesse legittimo, nasce invero al di fuori della logica del rapporto diritto(/pretesa)-obbligo, nasce, più specificamente, proprio quale reazione all'impossibilità di porsi in quella logica.

---

dal conflitto di interessi che porta all'affermazione del gruppo di potere e alla posizione di questo come Stato: in questo senso, la costituzione in senso materiale non è un antecedente sociale logicamente precedente all'instaurazione dello Stato, ma è essa stessa norma che si pone quale porsi dello Stato, ricomprensiva dei fini e quindi dei limiti riconducibili al rapporto di forze affermatesi; si supera così il problema del rapporto tra realtà giuridica e realtà sociale, che in Jellinek aveva portato all'elaborazione del concetto di autolimitazione, assumendo che il limite del potere è insito nel suo stesso fondamento, giacché, se la giuridicità del potere deriva intrinsecamente dalla costituzione in senso materiale, ne consegue che la sua dimensione normativa è permeata della stessa politicità che caratterizza quest'ultima.

12 A tal proposito, può apparire in effetti indicativo che la stessa distinzione, da noi rappresentata, tra modello giuridico statico e modello giuridico dinamico, se ha piena cittadinanza sotto il profilo logico-teorico, solo tendenzialmente esprime la contrapposizione storica; nel senso che storicamente, come è ovvio, non vi è stata una netta contrapposizione dell'una con l'altra visione, ma il progressivo passaggio dalla prima alla seconda, non esente da sovrapposizioni e stratificazioni. È sotto tale profilo tendenziale che la contrapposizione è risultata dunque evidente, e può essere ricomposta nei termini sistematici considerati. Così, è diretta manifestazione di quanto appena rappresentato che nel momento in cui, in una visione ormai (tendenzialmente) dinamica del diritto, è stata riproposta una tesi statica del potere, questa non solo non è stata condivisa, ma di fatto non è stata in sé compresa, nella sua effettiva valenza teorica, dalla maggioranza degli operatori.

Il riferimento è all'impostazione di A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, I-II, Milano, 1962, secondo cui il potere corrisponderebbe ad *una modalità optativa di avvalersi di un effetto già prodotto ma non operativo*, nel senso che la modificazione della realtà giuridica non deriverebbe dall'esercizio del potere sostanziale, ma risulterebbe già avvenuta sul piano sostanziale al verificarsi del fatto normativamente previsto, di cui il titolare può decidere se valersi o meno. Siamo, quindi, all'interno di una rappresentazione del potere nel senso che noi abbiamo definito prettamente statico: in un modello giuridico fondato su una rilevanza statica del diritto, ove il diritto soggettivo è quello regolato da una norma bilaterale già data, rispetto alla quale il potere è relegato nell'irrilevante giuridico, conseguenza diretta è infatti, come detto, la piena cittadinanza del concetto di diritto latente, e, quindi, della concezione del potere appena esposta. In questo senso, esclusa, cioè, la rilevanza del potere in senso dinamico, quale costitutivo/modificativo/estintivo dell'effetto, si dovrebbe convenire con A. PIRAS, *op. ult. cit.*, II, p. 192 ss., nt. 183, nel senso che «l'essenza formale, se non anche la struttura» del diritto soggettivo e delle situazioni giuridiche soggettive di potere sarebbe la medesima, essendovi per

Nella relazione tra diritto soggettivo e potere, infatti, l'evoluzione, che ha condotto all'emersione dell'autonomia del secondo dall'ambito del primo, ha portato ad attribuire giuridica rilevanza a ciò che fino ad allora era stato ricondotto alla sfera interna del soggetto, del potere politico giuridicamente irrilevante, e, insieme con esso, delle posizioni soggettive che, in ragione della giuridicità che acquisisce la regolamentazione del potere, nei confronti di quest'ultimo si vengono a porre. Tuttavia, poiché dette posizioni sono emerse con riferimento al momento di esplicazione del potere, esse sono state strutturate nella loro relazione con l'interesse sotteso alla posizione che del potere stesso è espressione, cioè con l'interesse pubblico: la funzionalizzazione alla tutela dell'interesse pubblico, è divenuta, in questi termini, elemento strutturale della situazione giuridica dell'interesse legittimo.

L'interesse del privato, oggetto della situazione soggettiva in questione, è stato di conseguenza ritenuto solo *occasionalmente protetto* rispetto alla tutela, diretta, dell'interesse pubblico<sup>13</sup>; e il rapporto tra privato e P.A. non si è potuto

---

entrambe una prevalenza già attuata dell'interesse che costituisce il substrato di fatto della qualificazione normativa, «prevalenza che nell'un caso si attua mediante la definizione della posizione di un soggetto rispetto a un *bene* normativamente predeterminato, mentre nell'altro si realizza attraverso la produzione stessa, da parte della norma, del *mutamento giuridico*, di cui il titolare del potere è lasciato libero di scegliere se avvalersi o meno»; così come l'atto di esercizio di un diritto, anche l'atto di esercizio di un potere non atterrebbe, dunque, al piano della produzione di effetti giuridici, ma sarebbe qualificabile solo come manifestazione della facoltà di disporre del fine tutelato con l'attribuzione della situazione di potere. Sul punto, si rimanda ampiamente all'analisi di tale tesi da noi effettuata in *Potere*, I, cit., p. 143 ss.

Ora, va considerato come, nel momento in cui questa tesi fu proposta, lo si è detto, la visione dell'ordinamento si era ormai già posta in una chiave di rilevanza (tendenzialmente) dinamica. Non è quindi un caso che, come pure avvertito, la considerazione della tesi di Piras non sia avvenuta, solitamente, in ordine alla sua base strutturale (la concezione del potere); essa è stata piuttosto considerata in relazione alla problematica generale dell'accertamento giurisdizionale dell'intero rapporto P.A./cittadino, tralasciando così proprio il declinarsi del potere, e quindi del relativo rapporto, che, nella tesi dell'illustre A., era tuttavia a fondamento dell'accertamento stesso (ciò, va detto, anche in ragione del fatto che nella successiva voce M.S. GIANNINI, A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 255, sembra considerarsi l'accertamento del rapporto senza tuttavia farsi riferimento alla particolare concezione del potere assunta nel volume monografico). Sul punto, cfr. *Potere*, I, cit., pp. 153-154, nt. 271, e 155-156, ed ivi i relativi riferimenti.

13 È, cioè, nel contesto rappresentato che ha tratto le proprie fondamenta, seguendone, di fatto, lo sviluppo e il successivo declino, la rappresentazione, che molta fortuna avrà nella nostra

configurare in termini paritari, sul modello di tradizionale stampo privatistico. Si è posta quindi un'alternativa: o si cercava, con tutte le difficoltà del caso, di elaborare un rapporto non paritario, e correlativamente si veniva a strutturare la situazione del privato, di carattere sostanziale, che si poneva nei confronti del potere<sup>14</sup>; ovvero si negava la possibilità di un rapporto sostanziale, e si riconduceva la rilevanza giuridica dell'interesse materiale del privato al piano processuale (interesse a ricorrere, legittimazione), o ad una situazione soggettiva il cui contenuto si rapportasse alla tutela processuale concessa dall'ordinamento (diritto all'annullamen-

---

dottrina, dell'interesse legittimo nelle forme dell'interesse occasionalmente protetto e del diritto affievolito, figure entrambe funzionalizzate al perseguimento dell'interesse pubblico, secondo l'impostazione che ne dà O. RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo*, I, Napoli, 1912, p. 427 ss.; ID., *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1937, p. 161 ss., il quale riprende, per l'interesse occasionalmente protetto, la figura proposta da L. MEUCCI, *Il principio organico del contenzioso amministrativo in ordine alle leggi recenti*, in *Giust. amm.*, 1891, IV, p. 5 ss. Come noto, nella costruzione ranellettiana, la categoria dell'interesse legittimo era infatti distinta in diritti affievoliti, quali diritti che potevano essere modificati o estinti in ragione della loro correlazione con un'attività discrezionale dell'Amministrazione, come tale funzionalizzata alla cura di un interesse pubblico, a cui il diritto stesso si trovava quindi ad essere connesso e condizionato; e interessi occasionalmente protetti, quale identificativi di una posizione personale particolare che potesse trarre vantaggio dalla soddisfazione dell'interesse generale. Per entrambe le figure la caratterizzazione, sotto il profilo che ci interessa, è la medesima, corrispondente alla funzionalizzazione alla tutela dell'interesse pubblico. La concezione del diritto affievolito, non serve ricordarlo, sarà poi superata in dottrina e giurisprudenza attraverso il riferimento al fenomeno dell'affievolimento o degradazione del diritto, impostazione successivamente anch'essa sostanzialmente abbandonata nel suo rilievo teorico: cfr. G. MIELE, *Questioni vecchie e nuove in materia di distinzione del diritto dall'interesse nella giustizia amministrativa*, in *Foro amm.*, 1940, p. 56 ss.; ID., *Principii di diritto amministrativo*, I, Pisa, 1945, p. 77 ss.; M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1963-1964, ora in *Scritti*, V, Milano, 2004, p. 235.

La fortuna dell'impostazione rappresentata è derivata dalla circostanza per cui la concezione di un interesse occasionalmente protetto, o comunque di un interesse in ogni caso funzionalizzato a quello pubblico, consentiva di confinare la dimensione sostanziale della posizione del privato in termini compatibili con la sfera di libertà dello Stato, come in quel tempo veniva concepita. Questa visione si conciliava, dunque, non solo con quelle impostazioni che ritenevano che l'interesse materiale del singolo assumesse rilievo giuridico sotto il profilo sostanzialistico, ma anche, quantomeno in termini generali, con le tesi secondo cui detto interesse poteva rivestire rilevanza soltanto sotto il profilo processuale, non assurgendo a situazione giuridica di carattere sostanziale che si ponesse come tale rispetto al potere: sulle une e sulle altre cfr. subito di seguito, nel testo e in nota.

<sup>14</sup> È questa la concezione di rapporto amministrativo che si ritrova in O. RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo*, cit., pp. 409 ss. e 442, ove l'elemento teleologico della considerazione dell'interesse pubblico perseguito è ciò che caratterizza in senso pubblicistico il

to dell'atto)<sup>15</sup>. Le norme che regolano il potere, si disse infatti, non sono norme che pongono un rapporto, o perlomeno non pongono un rapporto nel senso di diritto-obbligo (non sono norme di relazione), ma attengono all'esplicazione della situazione di potere (sono norme di azione), rispetto alla quale l'interesse del soggetto, nella cui sfera il relativo effetto può venire ad incidere, è tutelato solo indirettamente<sup>16</sup>.

Rispetto a tale prospettazione, già in sé di incerta definizione, la problematica si è posta in termini ancor più gravi nel momento, storicamente successivo, in

---

rapporto: esso è direttamente collegato alla natura discrezionale dell'attività amministrativa, quale appunto funzionale alla cura dell'interesse pubblico; e alla connotazione della posizione del privato in termini di interesse legittimo, quale situazione giuridica che nella sua esistenza o nel suo contenuto è compenetrata con l'interesse pubblico e con le esigenze di questo, risultando, rispetto ad esse, cedevole nella sua soddisfazione (cfr. anche ID., *Le guarentigie*, cit., pp. 170-171). Cfr. in generale anche SANTI ROMANO, *Principii di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1901, p. 34 ss.; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1947, p. 136 ss.

15 Per la tesi che l'interesse materiale del privato poteva rivestire rilevanza soltanto sotto il profilo processuale, non assurgendo a situazione giuridica di carattere sostanziale che si ponesse come tale rispetto al potere, cfr. E. GUICCIARDI, *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi della giustizia amministrativa*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1937, ora in *Studi di giustizia amministrativa*, Torino, 1967, p. 8 ss. (di cui subito *infra*, alla nota successiva); S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1950, p. 261 ss.; R. ALESSI, *Interesse sostanziale e interesse processuale nella giurisdizione amministrativa*, in *Arch. giur.*, 1943, p. 132 ss.

Coerentemente con i risultati descritti, si assistette allora all'elaborazione, soprattutto da parte di esponenti della dottrina processualcivile, di una situazione giuridica che si potesse rapportare in maniera diretta all'illegittimità dell'atto, cioè a quello che, rappresentando l'oggetto del giudizio, doveva considerarsi, come soggettivizzato in capo al privato, oggetto della tutela. In questo senso si è allora considerato, in vario modo ma comunque in una chiave strutturalmente collegata al piano processuale, un diritto all'annullamento del provvedimento illegittimo: E. GARBAGNATI, *La giurisdizione amministrativa: concetto e oggetto*, Milano, 1950, p. 58 ss.; E. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, in *Problemi di diritto*, I, Milano, 1957, pp. 113-114; A. ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova, 1955, p. 259 ss.; nella dottrina amministrativistica, M. NIGRO, *L'appello nel processo amministrativo*, Milano, 1960, p. 32 ss.; successivamente, anche M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989, p. 133 ss.

16 È la nota teoria di E. GUICCIARDI, *Concetti tradizionali*, cit., p. 1 ss.; ID., *Norme di relazione e norme di azione: giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Giur. it.*, 1951, ora in *Studi di giustizia amministrativa*, cit., p. 55 ss.; ID., *La giustizia amministrativa*, Padova, 1954, pp. 7 ss. e 33 ss., per cui le norme di relazione sono quelle norme, poste a tutela degli interessi giuridici individuali, che attribuiscono all'Amministrazione e al cittadino diritti, poteri e obblighi reciproci, mentre le norme di azione sono quelle norme, poste a garanzia dell'interesse pubblico, che non disciplinano i rapporti e la risoluzione dei conflitti di interesse, ma regolano unicamente l'attività

cui l'evoluzione conosciuta dall'ordinamento ha portato ad affermare la centralità dell'interesse materiale del privato all'interno della struttura della situazione soggettiva di interesse legittimo, negandosene quindi la subordinazione alla tutela dell'interesse pubblico, e conseguentemente la sua sostanziale correlazione con il generale interesse alla legalità dell'azione amministrativa. L'interesse legittimo, è stato affermato, deve veder espunto dall'interesse del titolare qualsiasi legame con l'interesse alla legalità dell'azione amministrativa, e, insieme ad esso, il carattere di occasionalità che sarebbe altrimenti proprio della sua protezione<sup>17</sup>. In questo sen-

---

che l'Amministrazione pone in essere per l'attuazione e lo svolgimento dei rapporti già regolati dalle norme di relazione. Rispetto alle norme di azione, la posizione del privato sarebbe stata di interesse semplice, che solo assumeva rilievo sotto il profilo del processo amministrativo: si veda, per approfondimenti, *Potere*, I, cit., p. 11, nt. 18.

L'ulteriore alternativa che, al limite, si poneva rispetto a quelle enucleate nel testo, era quella di negare la sussistenza del rapporto sul piano dell'ordinamento generale, e ammetterla su quello dell'ordinamento amministrativo, seguendo una declinazione delle norme di azione e di relazione di stampo prettamente istituzionista, come si ritrova nella concezione di A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti alla giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975, pp. 133 ss. e 300 ss.; ID., *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, in *Atti del convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, 1983, p. 95 ss.; ID., *La situazione legittimante al processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, p. 511 ss.; ID., *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, *ivi*, 1994, p. 635 ss.; ID., *Introduzione*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, I, Bologna, 2005, p. 5 ss.; ID., *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive*, *ivi*, p. 213 ss. Secondo l'illustre A., le norme di relazione sono emanazione dell'ordinamento generale, e, attribuendo i poteri alla P.A., delineano i confini invalicabili tra le sfere soggettive del privato e dell'Amministrazione. Le norme di azione, invece, sono emanazione dell'ordinamento amministrativo, e, regolando i poteri, rispondono alle esigenze organizzative e funzionali interne alla sfera pubblica e non rivestono in sé giuridica rilevanza nell'ordinamento generale: esse infatti costituiscono la rappresentazione dell'autonomia dell'Amministrazione, quale potestà normativa derivata dell'ordinamento generale ad un suo soggetto di darsi un proprio ordinamento particolare. In questo quadro l'interesse legittimo, in quanto protetto da norme dell'ordinamento amministrativo, appartiene necessariamente a questo ordinamento particolare, nel senso che si differenzia dal diritto non per struttura ma per ordinamento, e in questa dimensione trova la sua rilevanza, quale, cioè, diritto soggettivo dell'ordinamento amministrativo.

<sup>17</sup> In un primo momento, invero, l'interesse legittimo venne concepito comunque come correlato, in vario modo, all'interesse alla legalità, precisandosi, tuttavia, rispetto ad esso, la rilevanza, variamente declinata anch'essa, dell'interesse materiale del singolo, il quale veniva così a porsi quale oggetto di tutela strumentale: cfr., nelle differenti declinazioni, in particolare, E. CANNADA BARTOLI, *Il diritto soggettivo come presupposto dell'interesse legittimo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1953, p. 348 ss.; ID., *La tutela giurisdizionale del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Milano, 1964, p. 61 ss.; ID., *Interesse (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 17 ss., secondo cui l'interesse legittimo avrebbe natura esclusivamente formale, siccome

so, la legittimità dell'atto non sarebbe l'oggetto, quanto piuttosto il limite della protezione accordata all'interesse stesso: l'oggetto della situazione giuridica andrebbe quindi individuato direttamente nell'interesse materiale del soggetto (l'ottenimento dell'utilità finale, corrispondente al provvedimento favorevole, e quindi alla produzione dell'effetto, per gli interessi legittimi pretensivi, o alla non produzione dell'effetto, per quelli oppositivi); esso, tuttavia, non necessariamente riceverebbe soddisfazione nell'esercizio, sia pur legittimo, del potere<sup>18</sup>.

In questa differente rappresentazione, l'interesse legittimo sarebbe così una situazione *strumentale*, ma non nel senso proprio di una situazione a struttura

---

concernente la legittimità degli atti amministrativi, ma ha come presupposto di qualificazione una situazione di diritto soggettivo; E. CASETTA, *Diritto soggettivo e interesse legittimo: problemi della loro tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, pp. 619-620, per cui l'interesse legittimo sarebbe un interesse materiale (di fatto) di un soggetto, il quale, in seguito alla sua lesione da parte di un atto amministrativo illegittimo, acquista rilevanza giuridica per il solo motivo che, per ottenerne la tutela, il suo titolare ha pure necessariamente un interesse strumentale e giuridico alla legittimità dell'atto amministrativo. Tale rappresentazione intermedia sarà poi superata da F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971, p. 114 ss., cit. pp. 127-128, il quale ha rilevato che, se l'interesse legittimo è esso stesso una situazione soggettiva sostanziale, non potrebbe esservi spazio per una diversa situazione soggettiva che attenga alla stessa vicenda giuridica: cfr. subito di seguito, alla nota successiva.

18 In questo senso, la considerazione che dell'interesse legittimo ha fornito F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, cit., p. 136 ss., per cui l'interesse legittimo «è una situazione giuridica che, come tale, riceve dall'ordinamento tutela diretta e piena. Allorché si parla di tutela indiretta o di tutela eventuale si vuol far riferimento non al modo di essere dell'interesse legittimo, ma al modo di presentarsi rispetto all'ordinamento dell'interesse finale», cosicché (p. 142) «la legittimità (e l'opportunità) del comportamento dell'Amministrazione non costituiscono l'oggetto dell'interesse legittimo (interesse alla legittimità del comportamento amministrativo), ma costituiscono il limite che l'ordinamento positivamente assegna alla tutela giuridica propria della situazione soggettiva che va sotto il nome di interesse legittimo». Successivamente, l'illustre A. ha declinato la strumentalità in chiave *dialogica*, descrivendo l'interesse legittimo quale situazione giuridica che si esprime nell'ordine e nell'ambito della realtà dinamica del procedimento; esso rappresenterebbe, cioè, una situazione di carattere dinamico che 'dialoga' con il potere unilaterale altrui; che consente, cioè, di influire sulla formazione della/e scelta/e in ordine all'esercizio del potere in funzione di un proprio interesse materiale protetto, rispetto alla cui lesione è possibile reagire in sede giurisdizionale: cfr. F.G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990, p. 25; ID., *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, pp. 232 ss., 245 ss. e 453 ss., per cui l'interesse legittimo (*op. ult. cit.*, p. 459) sarebbe «l'interesse all'esito favorevole dell'esercizio del potere precettivo altrui, tutelato mediante facoltà di collaborazione dialettica, dirette ad influire sul merito della decisione (precetto) finale, esperibili lungo tutto il corso dell'esercizio del potere. La violazione dell'interesse legittimo, come la violazione di ogni altra situazione soggettiva, dà luogo alla tutela giurisdizionale» (corsivo testuale).

creditizia (rapporto pretesa-obbligo), per cui la soddisfazione dell'interesse è determinata dall'attuazione del comportamento corrispondente, dovuto dal creditore. La sua struttura si caratterizzerebbe, invece, non solo in senso strumentale, ma, per così dire, nel senso di una *strumentalità soltanto indiretta (o doppia strumentalità) rispetto al suo oggetto*, giacché l'esercizio, pur legittimo, del potere, non assicura la soddisfazione dell'interesse a detto oggetto corrispondente.

L'impostazione appena descritta è quella che può dirsi costituire, pur in questi termini generali, la comune accezione che, anche attualmente, viene riferita alla figura dell'interesse legittimo. Il problema è però che, nella prospettiva indicata, non è per nulla chiara la delimitazione concettuale della situazione giuridica in questione, e quindi, ciò che più conta, la rilevanza giuridica riconosciuta dall'ordinamento all'interesse materiale a suo oggetto, e la sua conseguente protezione.

La formula rappresentata, dell'interesse all'utilità finale/provvedimento favorevole, giuridicamente protetto ma senza garanzia di soddisfazione, è apparsa infatti sfuggente sotto il profilo dell'effettiva individuazione della situazione giuridica (quale è il suo fatto costitutivo? cosa è effettivamente garantito?)<sup>19</sup>. Ne con-

---

Si veda, inoltre, nel senso generale che qui interessa, M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994 (prima ediz. 1976), p. 96, per cui l'interesse legittimo sarebbe una situazione sostanziale, dinamica e strumentale, consistente in una «posizione di vantaggio (...) in ordine ad un bene oggetto di potere amministrativo e consistente nell'attribuzione (...) di poteri atti ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione della pretesa all'utilità».

Ora, a prescindere dalla specifica declinazione che ne assumono i vari Autori, si può ricavare, da quanto rappresentato, una nozione generale, a cui, come detto nel testo, solitamente si fa riferimento nella comune considerazione della figura in esame. Essa può definirsi una versione moderna della classica declinazione dell'interesse legittimo, che, in questa accezione, vedrebbe espunto dall'interesse del titolare qualsiasi legame con l'interesse alla legalità dell'azione amministrativa, e, insieme ad esso, il carattere di occasionalità che sarebbe altrimenti proprio della sua protezione; l'oggetto della situazione giuridica verrebbe individuato nell'interesse materiale del soggetto, il quale, tuttavia, non necessariamente riceverebbe soddisfazione nell'esercizio, sia pur legittimo, del potere. Si veda di seguito, nel testo. Cfr. inoltre *Potere*, I, cit., p. 188 ss.

19 L'ambiguità del concetto di strumentalità, del resto, è rilevata dallo stesso F.G. Scoca, che in *Le situazioni giuridiche nel pensiero di Antonio Romano Tassone*, in *Studi in memoria di Antonio Romano Tassone*, III, Napoli, 2017, p. 2464 (anche in *Dir. amm.*, 2014, p. 456), afferma che «in effetti il ricorso all'idea che l'interesse legittimo fosse una situazione strumentale, o avesse ad oggetto un interesse strumentale, era stata affacciata in dottrina [*in nota*: da molti studiosi, me compreso] proprio per superare la difficoltà derivante dalla mancanza di garanzia di soddisfazione

segue che, nel momento in cui alla lesione di tale situazione si deve garantire tutela, risultano del tutto incerti i termini della protezione (cosa è dovuto?).

Nell'attuale realtà giurisprudenziale, pure successiva alla codificazione del processo, l'interesse legittimo continua così a non trovare una precisa collocazione. Da un lato, infatti, non se ne pone in dubbio la sua connotazione di situazione giuridica sostanziale, nei termini che si sono appena riferiti<sup>20</sup>. Dall'altro, esso non viene però considerato (non risulta idoneo a venir considerato) l'oggetto del giudizio amministrativo, ma rimane soltanto un presupposto processuale/condizione dell'azione (quale integrante la legittimazione a ricorrere, nonché, in taluni

---

dell'interesse finale. Ma si deve riconoscere che essa non era idonea alla bisogna, perché anche l'interesse strumentale (avente ad oggetto, almeno secondo la mia ricostruzione, il provvedimento, o, comunque, l'azione dell'amministrazione, incidente sull'interesse sostanziale del privato) non aveva garanzia di soddisfazione; a meno che non lo si intendesse come semplice interesse all'adozione del provvedimento, e non, in senso pregnante, all'adozione del provvedimento favorevole al privato. Nel primo caso la soddisfazione è garantita, ma si spezza il nesso di strumentalità con l'interesse finale; nel secondo si mantiene tale nesso, ma non v'è garanzia di soddisfazione (nemmeno dell'interesse strumentale)»; cosicché, (p. 2465) la differenza tra il diritto soggettivo e l'interesse legittimo deve essere ravvisata nel diverso tipo di tutela accordata all'interesse del privato. In questo quadro, il rilievo della strumentalità non è abbandonato, ma viene ricondotto, come già precedentemente avvertito, alla prospettiva 'dialogica' dell'interesse legittimo, e alla sua strumentalità, cioè, quale interesse che vive nel procedimento, e che, in quanto tale, cerca di indirizzare la decisione in modo favorevole al suo titolare: cfr. F.G. SCOCA, *op. loc. ult. cit.*; ID., *Contributo sulla figura*, cit., p. 25 ss., p. 32; ID., *L'interesse legittimo*, cit., p. 453 ss.; ID., *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 2000, p. 19 ss.

La strumentalità, in questo senso, sarebbe quindi attribuito riferibile al carattere dialogico e procedimentale della situazione considerata. Tuttavia, neppure la prospettiva appena rappresentata è idonea a risolvere in maniera differente la problematica concernente la struttura dell'interesse legittimo. Una volta configurato, infatti, l'interesse legittimo quale situazione di carattere procedurale, si devono distinguere – a prescindere dalla loro considerazione autonoma, o quali invece componenti dell'interesse legittimo considerato quale situazione di carattere composito – le posizioni procedurali rivolte ad utilità attinenti al procedimento in sé considerato (partecipazione, ecc.); e la posizione di carattere concreto, quale esplicazione dell'interesse sostanziale nei confronti dell'autorità decidente. Le prime sono strumentali alla tutela dell'interesse sostanziale, ma sono anche del tutto astratte e indeterminate rispetto ad esso: la garanzia è solo nel loro esercizio, cosicché, anche se soddisfatte (si è potuto partecipare al procedimento, ecc.), l'interesse sostanziale potrebbe non ricevere soddisfazione. La seconda, invece, è una posizione a rilievo sostanziale, ma la sua consistenza non muta nel semplice porsi in chiave procedurale (più correttamente, rimarrebbe da spiegare perché muti nel porsi in chiave procedurale), dovendo comunque rapportarsi a ciò che è normativamente garantito. Sul punto, cfr. ampiamente *Potere*, I, cit., p. 203 ss.

casi, a seconda dell'impostazione assunta, anche l'interesse a ricorrere), la cui sussistenza è, di conseguenza, necessaria unicamente per l'accesso al merito del giudizio, tuttora costituito dai motivi di illegittimità dell'atto fatti valere dal ricorrente<sup>21</sup>. Il rischio è, allora, che pur in tesi mutati i termini sostanziali di riferimento nel rapporto tra potere amministrativo e cittadino, la rilevanza giuridica dell'interesse materiale di quest'ultimo continui a porsi, in realtà, ancora su un piano eminentemente processuale; risultando, per tale via, confermato il suo ruolo meramente strumentale rispetto ad una tutela rivolta all'annullamento dell'atto ille-

---

Non potendo, dunque, considerarsi risolutivo il riferimento, per come effettuato dall'illustre A., al carattere dialogico della figura, giacché esso non risulta idoneo, in sé, ad influire sul carattere di strumentalità proprio della situazione considerata, può dirsi allora che, nell'autorevole ricostruzione oggetto d'esame, sembra esservi, e permanere, una tensione non risolvibile tra il carattere strumentale della struttura della situazione giuridica e la strumentalità propria del contenuto dell'interesse che della situazione giuridica è oggetto; tensione che rappresenterebbe, in tutta la sua gravità, la stessa problematica dell'interesse legittimo. Ed infatti, se il riferimento alla strumentalità è, oltreché alla struttura della situazione giuridica, anche al suo contenuto, allora non siamo nient'altro che di fronte ad una pretesa (una situazione avente la struttura del diritto di credito), il cui oggetto è rappresentato però non dall'adozione del provvedimento favorevole, bensì dalla possibilità normativa di detta adozione (su cui *infra*). Se, invece, strumentale è solo la struttura della situazione, allora l'oggetto sarebbe l'utilità finale, a cui ci si rivolge in termini di comportamento atto a determinarla (il provvedimento favorevole), ma si dovrà parimenti ammettere che, mancandone la sicura soddisfazione giuridica senza che ciò implichi l'insussistenza della situazione stessa, allora detta situazione sarebbe caratterizzata da una strumentalità (che potrebbe definirsi) *soltanto indiretta rispetto al proprio oggetto*, permanendo l'incertezza concettuale rappresentata nel testo. Si veda di seguito, ai parr. successivi.

Sul punto, va però pure notato che la formula dialogica dell'interesse legittimo, propria della tesi in esame, seppure non possa reputarsi idonea a definire una costruzione condivisibile della situazione giuridica in rapporto con il potere, contiene comunque in sé l'intuizione del rilievo della struttura normativa procedimentale della funzione, quale idoneo a porsi a fondamento di una ricostruzione di una situazione giuridica la cui struttura si connota in maniera differente in ragione della sua correlazione all'esplicazione della funzione stessa. Le considerazioni in questo senso effettuate hanno, cioè, il merito di aver posto all'attenzione la possibilità di un percorso che, appunto attraverso il rilievo conferito alla connotazione strutturale della funzione, intesa come processo formativo della decisione, conduca ad una differente configurazione della situazione giuridica che si confronta con il potere; percorso che, però, se vuole portare ad una soluzione condivisibile, deve essere sviluppato in modo differente da quanto si è fatto sinora. In proposito, si veda quanto si dirà *infra*.

20 In particolare, non serve ricordare che nella sent. Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, per accordare, come noto, il risarcimento da lesione dell'interesse legittimo – reputandosi che, a tal fine, non fosse sufficiente la mera illegittimità dell'atto, ma dovesse anche riscontrarsi la lesione dell'interesse al bene della vita del soggetto che lamenta il danno – si sia ripresa esplicitamente la definizione sostanzialistica dell'interesse legittimo espressa da M. Nigro, riportata *supra*, nt. 18. E

gittimo (e, quindi, alla protezione giuridica del relativo interesse).

## 2. Profili ricostruttivi del potere come situazione giuridica soggettiva

L'incertezza che avvolge la concezione dell'interesse legittimo nel diritto amministrativo esprime, in sé, una tensione non risolta nella considerazione giuridica del potere pubblico e del suo rapporto con i soggetti dell'ordinamento. Il tentativo di risoluzione di tale problematica deve allora, a nostro avviso, partire da una compiuta rifondazione dei termini della questione, e quindi del concetto di potere e di situazione giuridica soggettiva.

Al fine di perseguire il proposito indicato, è quindi necessario prendere le mosse dai più proficui sviluppi degli studi di teoria generale, e così distinguere, nella considerazione del potere, ciò che fa riferimento alla *capacità*, e ciò che invece definisce una *situazione giuridica* di potere in senso proprio<sup>22</sup>.

La capacità, quale attitudine ad essere autore di atti giuridici (capacità d'agire) e titolare di situazioni giuridiche (capacità giuridica), attiene a due differenti *status* (appunto, la capacità d'agire e quella giuridica), che il soggetto si vede attribuiti<sup>23</sup>. In questo senso, le capacità sono gli *status* dei soggetti dotati di deter-

---

se pure è vero che tale presa di posizione non sia andata esente da critiche, queste, d'altro canto, hanno riguardato non la connotazione sostanzialistica della situazione, quanto, piuttosto, la sua compiuta definizione in questo senso (sotto tale profilo, è stata, infatti, proprio la risarcibilità del danno che ha mostrato le ambiguità di una concezione sostanziale dell'interesse legittimo quale quella appena esposta, perché, se un danno va risarcito, deve essere precisamente definito il contenuto della situazione giuridica lesa a cui il risarcimento va rapportato).

21 Tale considerazione dell'oggetto del giudizio (e, corrispondentemente, del ruolo dell'interesse legittimo) è quella che tuttora ancora in giurisprudenza: si veda, su tutte, Cons. St., ad. plen., 15 gennaio 2013, n. 2. Sul punto, cfr. *Potere*, I, cit., p. 305 ss.; II-1, cit., p. 34 ss.; nonché quanto da noi rappresentato ne *L'individualità dell'interesse a ricorrere*, in *Dir. e soc.*, 2025, p. 467 ss.

22 Per le considerazioni seguenti, cfr. quanto rappresentato in *Potere*, I, cit., p. 57 ss., ed ivi più approfonditi riferimenti.

23 L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, I, cit., p. 342 ss. Cfr. A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, pp. 77 ss. e 143 ss.; ID., *Capacità (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 8 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1974 (rist. 1966), pp. 24 s. e 36 ss.; S. PUGLIATTI, *Gli istituti del diritto civile*, I, Milano, 1943, pp. 131 ss. e 164 ss.; P. RESCIGNO, *Capacità giuridica*, in *Noviss. Dig. it.*, II, Torino, 1958, p. 873 ss.; ID., *Capacità di agire*, ivi, p. 861 ss.; P. STANZIONE, *Capacità. I) Diritto privato*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988, p. 1 ss.; V. CERULLI IRELLI, *L'Amministrazione "costituzionalizzata" e il diritto pubblico della proprietà e dell'impresa*, Torino, 2019, p. 110 ss.

minati requisiti normativi, a cui, in forza appunto di tali *status*, sono riconosciute le situazioni giuridiche che ad essi fanno capo. Per quanto concerne i poteri amministrativi, questi non fanno riferimento alla capacità *generale*, per come riconosciuta, nelle varie declinazioni, ai vari soggetti dell'ordinamento; ma implicano una specifica attribuzione, l'attribuzione cioè di una capacità *speciale*, che si affianca a quella generale<sup>24</sup>.

A fronte dell'ascrizione della capacità al soggetto, la normativa di riferimento individua poi, in capo ad esso, la *situazione giuridica* corrispondente, intesa quest'ultima, in via generale, come figura di qualificazione deontica di un comportamento<sup>25</sup>. In tale prospettiva, la qualificazione deontica stabilisce la relazione tra il piano soggettivo e il piano contenutistico della situazione stessa, ponendosi conseguentemente in relazione ad un elemento che detto piano contenutistico individua. Quest'ultimo si rapporta all'interesse oggetto di tutela da parte della norma di riferimento, rispetto al quale è sempre strumentale un comportamento. La situazione giuridica individuerrebbe così, da un lato del rapporto, una modalità deontica, corrispondente, a seconda dei casi, ad una *facoltà* o ad un *obbligo* (a sua volta *positivo* o *negativo*) di un determinato *comportamento*, materiale o giuridico, la quale sussiste in concreto se risultano integrati gli elementi di fatto previsti dalla relativa fattispecie normativa. Essa individuerrebbe poi, dall'altro lato del rapporto, la corrispettiva aspettativa deontica al comportamento stesso, quale

---

24 Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Il potere amministrativo e l'assetto costituzionale delle funzioni di governo*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, I, Napoli, 2011, p. 122 ss.; ID., *L'Amministrazione "costituzionalizzata"*, cit., pp. 77 ss. e 115 ss.; ID., *Diritto amministrativo e diritto comune: principi e problemi*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, I, Padova, 1998, p. 560 ss. Per la generale considerazione della capacità generale e di quella speciale A. FALZEA, *Capacità*, cit., p. 25 ss.

25 Si veda, sulla distinzione dei due piani, L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, I, p. 309, per cui è essenziale distinguere tra capacità (negoziale, politica) e corrispondenti situazioni di autonomia: «le capacità sono gli *status* dei soggetti dotati di determinati requisiti normativi (...). Le situazioni di autonomia sono invece i diritti riconosciuti in forza di tali *status*»; le prime sono oggetto di una regola costitutiva, le seconde di una regola deontica. Cfr. pure U. NATOLI, *Il diritto soggettivo*, Milano, 1943, p. 69; A. CERRI, *Poteri e potestà*, in *Enc. giur.*, XXVI, Roma, 1991, p. 2 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, in *Ann. Fac. Econ. e comm. Università di Messina*, 1981, p. 415; M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, 2018, p. 149 ss. La differenziazione tra potere come capacità e potere come situazione giuridica è presente anche, seppur a fini del tutto diversi rispetto alla ricostruzione da noi riferita, in A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, I, cit., p. 55 ss., ed ivi ntt. 61-62; II, cit., p. 175 ss., ed ivi ntt. 167-168, pp. 184-185.

*pretesa* (tecnicamente intesa, cioè quale situazione a struttura creditizia, giuridicamente tutelata nella sua soddisfazione) al comportamento obbligatorio (positivo o negativo), ovvero quale mancanza di *pretesa* a fronte del comportamento facoltativo<sup>26</sup>.

In particolare, nel caso della situazione giuridica di potere, il comportamento si relaziona ad una norma che non detta la disciplina degli interessi in conflitto, ma regolamenta l'adozione, da parte del soggetto titolare della situazione stessa, di un atto che ponga detta disciplina: una norma definita strumentale, o relativa alla produzione giuridica<sup>27</sup>.

Il riferimento è, quindi, all'adozione di un atto *precettivo*. Il contenuto di tale comportamento, a sua volta, in rapporto al piano relazionale soggettivo, è considerato nei termini della doverosità o meno della relativa adozione. La situazione giuridica di potere corrisponde dunque ad una modalità deontica (obbligo o facoltà) di un atto precettivo, integrata, nel suo fatto costitutivo, al verificarsi degli elementi a cui la normativa riconduce le condizioni, riferibili al piano sostanziale, a cui soggiace l'effettiva sussistenza della permissione (in termini di facoltatività o doverosità corrispondenti alla relativa modalità deontica) del com-

---

26 Più nello specifico, si può partire da L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, I, cit., pp. 143 ss. e 300 ss., secondo cui le situazioni giuridiche corrispondono a modalità deontiche (obbligo, divieto o facoltà) che si collegano, sul piano contenutistico, ad un determinato comportamento che fa capo al soggetto; a queste si contrappongono le situazioni di aspettativa (positiva, negativa o mancanza di aspettativa). Rispetto a tale impostazione, va individuato più specificamente il concetto di *pretesa* quale figura di qualificazione deontica che fronteggia un obbligo, il quale a sua volta può essere positivo o negativo. Per tale via, si può pervenire alla distinzione fra il piano della qualificazione deontica, che presenta una facoltà o un obbligo (positivo o negativo) in capo ad un soggetto, a fronte del quale si può configurare una non *pretesa* o una *pretesa* (a sua volta, positiva o negativa) in capo ad altri soggetti; e il piano contenutistico del comportamento collegato alla stessa figura deontica, che consiste in un atto materiale o in un atto precettivo. In tale quadro, il potere è la modalità deontica di un atto precettivo, a fronte del quale può configurarsi una corrispondente *pretesa* in capo ad un altro soggetto: cfr. subito di seguito nel testo, nonché ampiamente *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., pp. 57 ss., 66 ss. e 175 ss.

27 Sul punto, si veda F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, cit., p. 47 ss.; E. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, in *Problemi di diritto*, I, Milano, 1957, p. 44 ss.; G. AULETTA, *Poteri formativi e diritti potestativi*, cit., p. 564 ss.; F. CORDERO, *Le situazioni giuridiche soggettive nel processo penale*, Torino, 1956, p. 191 ss. Cfr. anche, nell'ambito della ricostruzione propria di questo A., A. PIRAS, *Interesse legittimo*, I, cit., p. 43 ss.; II, cit., pp. 173-174.

portamento riferibile alla produzione dell'effetto. A fronte di tale situazione, l'interesse del soggetto che trova tutela normativa si pone nei termini di una differente situazione giuridica, che con quella di potere si pone in rapporto, e che si declina nei termini di pretesa a quanto, in senso positivo o negativo, risulta normativamente doveroso in ordine alla soddisfazione dell'interesse ad essa sotteso.

### **2.1. Profili ricostruttivi della situazione che si pone in rapporto con la situazione di potere**

Il quadro teorico appena delineato conferisce, dunque, un fondamento ricostruttivo al potere quale situazione giuridica soggettiva, il quale, coerentemente con la prospettiva dinamica del giuridico, corrisponderebbe ad una modalità deontica di un atto precettivo. A sua volta, la considerazione di una situazione giuridica, di carattere sostanziale, a cui sia estraneo, sotto il profilo strutturale, l'elemento inerente alla funzionalizzazione alla tutela dell'interesse pubblico, porterebbe dunque ad ammettere, necessariamente, che la normativa concernente la situazione giuridica di potere assuma un carattere relazionale in ordine agli interessi coinvolti, il quale si esprimerebbe nelle logiche del rapporto pretesa-obbligo. A voler continuare ad utilizzare la terminologia tradizionale, potrebbe dirsi che tutte le norme attributive e regolative del potere rilevino, in questo senso, come norme di relazione<sup>28</sup>.

È possibile, in tale prospettiva, avanzare allora una proposta ricostruttiva che si ponga nel senso seguente. Il rapporto cittadino-potere è configurabile quale pretesa, a fronte di un corrispondente obbligo, a ciò che è normativamente re-

---

28 In altri termini, e riprendendosi quanto sin qui considerato, si è partiti dal presupposto per cui, in una concezione originariamente statica della rilevanza giuridica, la norma rappresentava una regola bilatera, regolatrice del diritto, mentre il potere era il movimento libero di questo, a fronte del quale nessun rapporto poteva conseguentemente assumere rilevanza. Rispetto a tale scenario, l'introduzione della giurisdizione di annullamento nel 1889 creò però una rigidità oggettiva, che rilevava in ordine al movimento del potere, pur non ancora portando all'emersione un rapporto di tipo soggettivo (salvo non adottare una visione istituzionista dell'ordinamento). L'evoluzione successiva, della concezione sostanziale dell'interesse legittimo, rappresenta l'evoluzione della rigidità oggettiva in rapporto intersoggettivo, sulla base di una visione dell'ordinamento in chiave di rilevanza dinamica, con l'emersione, quindi, dell'autonomia e centrale considerazione, nell'ambito del rilevante giuridico, del rapporto pretesa-obbligo, in cui l'interesse legittimo viene a trovare riscontro. In tale prospettiva, il potere si risolve quindi in questo rapporto, e in esso assume la propria giuridicità.

golato. La circostanza per cui alla regolamentazione normativa non corrisponda necessariamente l'attribuzione dell'utilità finale (è normativamente prevista una scelta *discrezionale* dell'Amministrazione per la relativa attribuzione) significa, semplicemente, che il relativo interesse non è in sé oggetto della tutela. L'oggetto della situazione giuridica, in questo caso, nell'ipotesi cioè di potere amministrativo discrezionale, non sarebbe il bene finale, ma un'utilità essa stessa *strumentale*, corrispondente alla *chance* legale di conseguire l'utilità finale stessa<sup>29</sup>.

Più nello specifico, razionalizzando tale ricostruzione nei termini teorici da noi prospettati, si potrebbe dire che la situazione del privato a fronte del potere amministrativo (l'interesse legittimo) abbia la consistenza di una pretesa alla *possibilità normativa del risultato favorevole* (produzione/non produzione dell'effetto auspicato/non auspicato), sussistente se risultano integrati (o, se del caso, non integrati) in fatto tutti i requisiti sostanziali vincolati della normativa disciplinante il potere. Il contenuto della possibilità normativa, a sua volta, corrisponde a *certezza* nel conseguimento in caso di attività vincolata; e in una *chance* per l'ipotesi di attività discrezionale.

Per tale via, si mostra evidente l'ambiguità della configurazione comune dell'interesse legittimo, quale, cioè, come detto, situazione giuridica di carattere indirettamente strumentale, avente ad oggetto l'interesse materiale del suo titolare (l'interesse a che la situazione effettuale, al potere corrispondente, sia posta o non sia posta in essere), la cui soddisfazione, tuttavia, non corrisponda alla regola-

---

29 È questa la tesi portata avanti dalla Scuola fiorentina, e in particolare da L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna ad un fare*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, p. 617 ss.; ID., *L'interesse legittimo alla riprova della responsabilità patrimoniale*, in *Dir. pubbl.*, 2010, p. 643 ss.; ID., *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 2003, secondo cui l'interesse legittimo sarebbe riconducibile ad un diritto di credito, in rapporto al corrispondente obbligo della P.A. a ciò che è normativamente regolato, più nello specifico alla *possibilità normativa del risultato favorevole*, corrispondente a certezza dell'utilità finale nel caso di poteri vincolati, e alla *chance* legale di ottenerla nel caso di poteri discrezionali. Il fondamento assiologico della tesi si esplica così nel senso che, definendo, l'impostazione descritta, una mancanza di funzionalizzazione del potere all'interesse pubblico, che è ridotto a ciò che è normativizzato nella regola, sarebbe possibile la piena espressione di un rapporto cittadino-PA. di stampo partitativo, che si assume caratterizzare il nostro attuale assetto ordinamentale: cfr. anche C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008, p. 176 ss. Sul punto, cfr. *Potere*, I, cit., p. 227 ss.

mentazione normativa relativa alla corrispondente situazione giuridica. Mancando la garanzia giuridica della soddisfazione dell'interesse materiale, infatti, la logica che si dovrebbe seguire è più semplicemente un'altra: non ricercare una struttura riferibile alla situazione soggettiva di interesse legittimo che non coincida con quella propria della pretesa, ma, piuttosto, individuare un oggetto differente, in ordine ad una situazione giuridica che si ponga appunto nei termini di una pretesa. La strumentalità, in questo modo, si sposta dal piano strutturale a quello contenutistico (l'oggetto della situazione giuridica è un'utilità strumentale), mantenendosi, in ordine al primo, negli ordinari termini del rapporto pretesa-obbligo: si individua, cioè, una situazione direttamente strumentale ad un'utilità strumentale; non invece una situazione indirettamente strumentale ad un'utilità finale.

Nella maniera descritta, emerge così definitivamente dal substrato storico della nozione l'incongruenza strutturale in cui l'interesse legittimo stesso si viene a trovare; emerge, cioè, il legame di quella impostazione concettuale alla circostanza che si fosse al cospetto di un'attività funzionalizzata al perseguimento di un particolare interesse previsto dall'ordinamento, quale appunto l'interesse pubblico. In questo senso, attraverso il riferimento alla funzionalizzazione si era cercato di connotare strutturalmente la situazione giuridica, collocandola nell'ambito di una tutela riflessa, delle norme di azione, di strumenti giurisdizionali a siffatta tutela correlati. Nel momento in cui tale connotazione strutturale, già in sé perplessa, è del tutto negata, non risulta più possibile ravvisare una situazione soggettiva, che si confronti con il potere, avente una struttura diversa da quella della pretesa, il cui oggetto trova il suo riscontro nella regolamentazione propria del potere stesso, quale normativa di relazione.

### **3. Prospettiva prettamente sostanzialistica e prospettiva procedurale del potere come situazione soggettiva**

La visione dinamica, in sé considerata, conferisce valore specifico ai rapporti pretesa-obbligo, ma non specifica i possibili piani di rilevanza di quei rapporti. Il dato assiologico è ridotto al dato normativo sostanziale, che detti rapporti regola. Tutti i rapporti, in questo senso, sono uguali tra loro, nei termini del normativamente regolato.

La considerazione non è senza rilievo. Se si accetta la visione in esame, non risulta infatti possibile alcuna distinzione, che non attenga a criteri meramente quantitativi, fra potere pubblico e potere privato. Andrebbe negata, cioè, una contrapposizione, di stampo qualitativo, tra modello di azione pubblicistica e modello di azione privatistica, e quindi, in sé, allo stesso rilievo di una funzione amministrativa. Verrebbe meno, tra l'altro, il valore del concetto di discrezionalità amministrativa, quale differente rispetto a quello di autonomia propria di qualsiasi operatore di diritto comune.

Tale rappresentazione costituisce sicuramente un'alternativa ricostruttiva logicamente valida, ma non è, necessariamente, anche l'unica possibile nel quadro attuale di riferimento. Il piano di rilevanza normativo, sotto tale profilo, va a tal fine spostato da un profilo *logico* ad un profilo *assiologico*<sup>30</sup>.

Ora, rispetto a tale piano di rilevanza, pare a noi che possa darsi una risposta differente da quella individuata, la quale, pur non negando le criticità che attualmente possono sollevarsi alla tradizionale visione della funzionalizzazione del potere all'interesse pubblico, non comporta, tuttavia, anche una compiuta estromissione della funzionalizzazione del potere sotto ogni profilo, in ragione del rilievo che la funzionalizzazione stessa riveste sul piano strutturale del modello di produzione.

Per procedere nel senso indicato, si può partire dalla considerazione per cui la concretizzazione dell'ordinamento attraverso l'esercizio di un potere (privato o pubblico) può in via generale sempre considerarsi espressione dell'attuazione di un valore, che avviene attraverso la produzione della situazione effettuale a cui è funzionale la stessa situazione giuridica di potere a cui si fa riferimento. Il valore, a sua volta, promana dal nucleo assiologico idoneo a sorreggere l'ordinamento: in questo senso, l'esplicarsi di quest'ultimo porta con sé, nell'intrinseca essenza della propria giuridicità, il suo fondamento valoriale, che pervade così l'intera dimensione normativa.

L'operatore, esercitando il potere, può peraltro non solo contribuire all'attuazione del valore, ma anche partecipare alla sua definizione. Ciò avviene per la presenza, in ordine ad una situazione giuridica di potere, di un margine di

---

<sup>30</sup> Per le considerazioni che seguono, *Potere*, I, cit., p. 439 ss.

scelta sotto il profilo teleologico, che può sussistere, a sua volta, a fronte di una indeterminatezza più o meno marcata del contenuto dei presupposti della fattispecie della situazione di potere e/o della determinazione dei suoi effetti. La presenza di un margine di scelta nel momento teleologico richiede, infatti, la definizione di un criterio di preferenza, quale regola di decisione nel caso concreto, espressione del valore teleologico ricavabile dalla normativa che predispone la situazione giuridica di potere, che esula dal contesto qualificatorio di riferimento.

L'ordinamento non conosce, in ogni caso, un'interruzione di giuridicità nella sua attuazione; anche la partecipazione alla definizione del valore da attuare, quando ammessa in ragione della presenza di un elemento teleologico non compiutamente determinato, si muove nell'ambito del quadro giuridico di riferimento, e del correlato contesto assiologico. Tuttavia, all'interno dello stesso ordinamento, è possibile riscontrare differenti modelli strutturali attraverso cui la sua attuazione avviene.

Si deve in proposito considerare che, nell'ambito della dinamica giuridica, il ruolo degli operatori si esprime attraverso varie modalità: nel valutare la rilevanza di un determinato complesso di fatti in relazione ad un valore che deve trovare attuazione; nell'attuare un determinato valore, ponendo in essere un determinato effetto; nel partecipare alla determinazione del valore da attuare, che a sua volta si inserisce all'interno della generale dimensione assiologica dell'ordinamento. Il modello strutturale attraverso cui ciò avviene dipende essenzialmente dalla rilevanza giuridica che viene assegnata al momento di esplicazione dell'attività corrispondente.

Tale aspetto assume rilevanza per quanto concerne la definizione del profilo teleologico afferente al potere. Un siffatto profilo è sempre presente, in ragione di quanto rappresentato: nello specifico, la norma può espressamente prendere in considerazione il fine da perseguire per la valutazione di validità dell'esercizio del potere, in senso positivo o negativo (si deve/non si deve perseguire un determinato fine), oppure, detto fine può rilevare indirettamente dal rispetto delle clausole generali e delle regole puntuali stabilite per il suo esercizio. La presenza di un margine di scelta, afferente a tale profilo, comporta la partecipazione del soggetto alla determinazione del valore da attuare, e si sostanzia nell'elaborazione di un criterio di preferenza che porta ad una regola concreta di azione, come detto. In

questo senso, se il potere non è vincolato, esso porta sempre con sé la necessità di specificazione del profilo teleologico di cui è partecipe.

Ciò, tuttavia, non significa che la determinazione del fine da perseguire sia in ogni caso direttamente rilevante, e che si debba quindi accedere necessariamente ad un'ottica di funzionalizzazione, intesa nel senso che si è descritto. In altri termini, perché l'elaborazione del criterio di preferenza possa assumere rilievo *in via autonoma e diretta*, possa, cioè, rilevare in quanto tale in sé e per sé, non è sufficiente che l'ordinamento riconosca la giuridica rilevanza del margine di scelta sotto il profilo teleologico, nel senso già chiarito. È altresì necessario che vi sia *una specifica considerazione del processo formativo della decisione*. L'elaborazione di un criterio di preferenza su base teleologica, che ricolleggi la qualificazione effettuata dalla norma al momento dispositivo del potere, richiede quindi, per assumere autonomo rilievo giuridico nel senso anzidetto, che la stessa attività decisoria, in cui detto criterio si viene ad inserire, risulti connotata dalla giuridica rilevanza dei suoi specifici caratteri strutturali.

Se non vi è, in questo senso, una decisione, se questa, cioè, non rileva giuridicamente come tale, neppure vi sono spazi per dare rilevanza, in via diretta, alla determinazione di un criterio di preferenza che ad essa risulti sotteso. In questa prospettiva, la compiuta definizione del profilo teleologico da parte dell'operatore, l'assunzione, quindi, di un criterio di preferenza, può assumere un rilievo soltanto esterno, estraneo alla funzionalizzazione, nel senso che la determinazione della regola dell'agire attiene ad un profilo di autonomia o libertà di scelta, e il rilievo ad essa attribuito è solo quello, indiretto, che deriva (esplicitamente) dalla norma che pone un vincolo sul fine o (implicitamente) da quelle che comunque hanno ad oggetto clausole generali, come appunto la buona fede.

È, quella appena descritta, appunto la rappresentazione che è stata data da chi, nell'estromettere il perseguimento dell'interesse pubblico dall'ottica della funzionalizzazione, e di conseguenza dalla struttura dell'interesse legittimo, ha fornito una ricostruzione del potere amministrativo corrispondente ad una siffatta declinazione strutturale, in un'ottica, cioè, *prettamente sostanziale*<sup>31</sup>. Tuttavia,

---

<sup>31</sup> È, come si è detto, l'impostazione adottata, nel considerare l'interesse legittimo come possibilità normativa del risultato favorevole, dalla Scuola fiorentina, e, in particolare, nelle sue estreme conseguenze, da C. CUDIA, *Funzione amministrativa*, cit. *supra*, al par. precedente, nt.

concependosi in questo modo il potere amministrativo, si svaluta il rilievo strutturale che ad esso viene invece attribuito dall'ordinamento, in uno con la declinazione del profilo teleologico che all'interno del relativo modello troverebbe riscontro.

La valutazione del *modello strutturale della funzione* consente invece, a nostro avviso, pur senza negare la fondatezza delle critiche rivolte alla concezione comune dell'interesse legittimo, di pervenire ad una differente conclusione.

Il modello strutturale proprio dell'azione amministrativa deve, infatti, ritenersi improntato ad un canone generale di carattere processuale, inteso, secondo l'insegnamento proprio della dottrina processualcivilistica, quale procedura caratterizzata dall'esprimersi, nella definizione della decisione, nel contraddittorio tra le parti<sup>32</sup>. La l. n. 241/1990 ha difatti recepito un modello procedimentale

---

29. In quest'ottica – che è quella che potrebbe seguirsi se la sostanza del processo decisorio non assumesse rilievo giuridico nel senso anzidetto – il profilo teleologico riveste quindi valore in relazione alla non sussumibilità dell'interesse concreto perseguito all'interno della categoria dell'interesse pubblico astratto (come, cioè, sviamento di potere in senso stretto), ovvero come violazione di clausole generali o regole specifiche che governano l'esercizio del potere.

32 La considerazione di un generale canone processuale dell'attività amministrativa parte dal superamento della considerazione teleologica del processo, secondo la posizione tradizionale, la quale richiedeva, per l'individuazione di un processo, la necessità di un conflitto di interessi, attuale o potenziale: cfr., in merito ad essa, in particolare F. CARNELUTTI, *Sistema*, I, cit., p. 44; ID., *Sistema del diritto processuale civile*, III, Padova, 1939, p. 4. La dottrina amministrativistica che ha sviluppato il concetto di funzione sotto un profilo strutturale, quale processo formativo dell'effetto, ha infatti avuto buon conto di considerare che il concetto di processo dovesse necessariamente rifarsi alla connotazione strutturale propria della stessa esplicitazione della funzione: si è così distinto, da parte di F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, ora in *Scritti giuridici*, II, Milano, 2006, pp. 1131-1132, il procedimento dal processo in relazione alla circostanza che nel processo partecipano soggetti che perseguono interessi diversi da quello del soggetto a cui compete l'emanazione dell'atto, i quali possono in tal modo concorrere alla trasformazione del potere (cfr. anche ID., *Contraddittorio (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 739). Per questa via, è risultato possibile giungere alla considerazione per cui il contraddittorio è ciò che caratterizzerebbe la sostanza processuale dell'attività, ciò che, quindi, definisce il processo come tale, a prescindere da qualsiasi connotazione di ordine teleologico; il processo è, cioè, un procedimento che si svolge attraverso la rappresentazione delle posizioni delle parti nella cui sfera giuridica la decisione dispiegherà i suoi effetti. In particolare, l'affermazione dell'impostazione generale appena descritta si deve ai contributi di E. FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, Padova, 1996, pp. 60-61 e 73 ss.; ID., *Processo (teoria generale)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1966, p. 1067 ss.; ID., *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 861 ss.; ID., *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 819 ss., il quale, ponendosi, sotto

fondato su canoni che assumono, in termini soggettivi e oggettivi, i caratteri propri in via generale di un processo, per come appena specificati<sup>33</sup>.

In particolare, sotto il profilo soggettivo, pur non ponendosi i soggetti partecipanti su un piano di parità rispetto al momento decisorio, né assistendosi, sotto tale profilo, ad una compiuta separazione tra contraddittori e autorità decidente, si è comunque in presenza di una procedura che, nella definizione della decisione, consente ai soggetti, nella cui sfera giuridica la decisione stessa dispiegherà i suoi effetti, di partecipare all'attività strutturalmente volta alla definizione del

---

tale profilo, su analoga linea, in via generale, di quella tracciata da F. Benvenuti, ha specificato come la partecipazione debba atteggiarsi, perché possa parlarsi di processo: nel senso cioè che mentre il procedimento si identifica con una serie concatenata di atti, il processo è qualche cosa di più e di diverso, essendo necessaria la partecipazione di coloro nella cui sfera giuridica l'atto finale produrrà i suoi effetti in contraddittorio, e in modo che l'autore dell'atto non possa obliterare la loro attività (E. FAZZALARI, *Istituzioni*, cit., p. 73 ss., spec. p. 82 ss.; ID., *Processo*, cit., p. 1072; ID., *Diffusione del processo*, cit., p. 868 ss.; ID., *Procedimento e processo*, cit., p. 824 ss., spec. p. 827 ss.).

È su tali basi che la dottrina amministrativistica successiva, che si è inserita nel solco del concetto di funzione considerato da F. Benvenuti, ha potuto porre in diretta correlazione quest'ultima con la valorizzazione della sostanza processuale dell'attività amministrativa: in questo senso G. BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Scritti in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, p. 782 ss.; ID., *La struttura procedimentale dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. e soc.*, 1980, p. 437 ss.; *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968; nonché G. PASTORI, *Introduzione generale*, in ID. (a cura di), *La procedura amministrativa*, Milano, 1964, p. 7 ss.; ID., *Le trasformazioni del procedimento amministrativo*, in *Dir. e soc.*, 1996, p. 483 ss. Il passo successivo sarà quello di rapportare la sostanza processuale dell'attività non alla funzione intesa come farsi del potere, ma, come rappresentato nel testo, quale farsi della decisione: cfr. per i riferimenti *infra*, nt. 38.

In proposito, per una più ampia considerazione della questione, e più approfonditi riferimenti, si veda, anche in ordine a quanto si dirà alle note successive, *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., p. 403 ss.; II-2, cit., p. 288 ss.; *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Torino, 2016, pp. 34, 54 e 181 ss.

33 Dopo l'introduzione della l. n. 241/1990, si è in via generale ammessa, perlomeno da una parte della dottrina, una generale processualizzazione, o quantomeno una processualizzazione in senso lato, dell'azione della P.A.: cfr. in particolare, F. FIGORILLI, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo (dal processo al procedimento con pluralità di parti)*, Napoli, 1996, p. 248 ss.; L. MIGLIORINI, *La giurisdizionalizzazione del procedimento amministrativo*, in B. CAVALLO (a cura di), *Procedimento amministrativo e diritto di accesso (legge 7 agosto 1990, n. 241)*, Napoli, 1993, p. 89; A. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano, 2004, *passim*; M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 59 ss.; E. FREDIANI, *Partecipazione procedimentale, contraddittorio e comunicazione: dal deposito di memorie scritte e documenti al "preavviso di rigetto"*, *ivi*, 2005, p. 1003 ss.

contenuto del relativo atto, senza che il decisore possa obliterare tale attività, pur potendosi discostare dalle relative posizioni, dandone conto<sup>34</sup>. La presenza di una procedura in contraddittorio – sia pure, nel senso descritto, non *prettamente garantistico*, ma *collaborativo-garantistico*, secondo la terminologia da noi utilizzata in precedenti scritti<sup>35</sup> – consente quindi, come detto, di concludere nel senso che l'azione amministrativa si svolge nella forma di un processo, il cui oggetto, in particolare, si rivolge alla decisione in ordine all'esercizio della situazione giuridica di potere.

---

L'impostazione propriamente processuale della funzione amministrativa, ad ogni modo, si ritrova attualmente, nello specifico, nel filone dottrinale oggettivistico, che, ponendosi nel solco dell'insegnamento di F. Benvenuti, G. Berti e G. Pastori (cfr. la nota precedente), ha da ultimo cercato di portare ad una più compiuta ricostruzione strutturale la considerazione della forma processuale del procedimento e, per tale via, la stessa ascrizione del procedimento amministrativo al genere procedurale a cui appartiene il processo giurisdizionale: in questo senso, cfr. in particolare L.R. PERFETTI, *Funzione e compito nella teoria delle procedure amministrative. Metateoria su procedimento e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 53 ss., spec. p. 61 ss.; M. MONTEDURO, *Sul processo come schema di interpretazione del procedimento: l'obbligo di provvedere su domande "inammissibili" o "manifestamente infondate"*, in *Dir. amm.*, 2010, p. 103 ss. (che amplia una riflessione già effettuata, in forma più ridotta, in ID., *La "manifesta infondatezza" della domanda nel procedimento e nel processo*, in *Procedura, procedimento, processo*, Padova, 2007, p. 309 ss.); M. BELLAVISTA, *Procedimento e procedura come processo sostanziale (contraddittorio, cognizione piena e cognizione differenziata)*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Le riforme della L. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, 2008, p. 93 ss.; ID., *Giusto processo come garanzia del giusto procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 596 ss.; ID., *Il rito sostanziale amministrativo. Parte I. Contenuto e struttura*, Padova, 2012.

34 In particolare, la previsione, ai sensi degli artt. 7 ss., l. n. 241/1990, della comunicazione dell'avvio del procedimento, della partecipazione delle parti, delle modalità partecipative attraverso l'accesso e il deposito di memorie scritte e documenti che l'Amministrazione ha l'obbligo di valutare ove siano pertinenti all'oggetto del procedimento, nonché del preavviso di rigetto, comporta che l'autorità decidente debba necessariamente aprirsi al confronto delle parti e considerare l'attività dell'altra parte intervenuta. In questo modo, si sancisce la presenza di una procedura in contraddittorio, e si consente, secondo l'insegnamento processualcivilistico, di cui subito sopra, in nota, di qualificare la posizione del soggetto privato quale parte, in senso tecnico, all'interno di un processo. L'assenza di una piena pariteticità tra le parti non toglie, infatti, che i soggetti privati assumano un ruolo, all'interno del procedimento, che si caratterizza per la rappresentazione della propria posizione in termini di contraddittorio con l'autorità decidente, giacché quest'ultima, se può disattendere, non può anche obliterare l'attività dell'altra parte eventualmente intervenuta, non prendendola affatto in considerazione ovvero non dandone conto (si veda, in particolare, l'art. 10, lett. b), l. n. 241/1990, sull'obbligo di valutazione delle memorie e dei documenti, per come correlato con il precedente art. 3, sulla motivazione dell'atto). Il contraddittorio, in questo senso, è limitato sotto il profilo orizzontale (quello, cioè, che

Sotto il profilo oggettivo, poi, la considerazione normativa, che riceve l'attività procedimentale, è improntata ad un'ottica processuale, per come avente carattere di accertamento: viene infatti prevista la proposizione di una domanda da parte del privato istante o la sua auto-proposizione dalla P.A., con l'avvio del procedimento; e viene corrispondentemente regolamentata un'attività di verifica della sussistenza degli elementi fattuali e della integrazione della relativa fattispecie normativa, ai fini della definizione della decisione concernente l'esercizio o il non esercizio del potere nel caso concreto; di tali risultanze procedurali, è

---

riguarda la sua esplicazione tra le parti), ma non lo è sotto quello verticale (il contraddittorio che si esplica tra le parti e l'autorità decidente: cfr., su tale distinzione M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio*, cit., p. 69 ss.). Non si può quindi negare la presenza di un contraddittorio in senso tecnico sulla base della circostanza che l'autorità decidente sia al tempo stesso appunto soggetto che decide e contraddittore, sia, cioè, parte in senso sostanziale, la quale, ancorché imparziale, cura direttamente interessi pubblici coincidenti o in conflitto con quelli dei privati attraverso lo svolgimento dell'azione amministrativa, mentre perché vi sia pariteticità effettiva l'autorità decidente dovrebbe necessariamente essere terza e indipendente rispetto alle parti (così, invece, S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 2000, p. 239 ss.; A. SANDULLI, *Il procedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, II, Milano, 2000, pp. 939-940; ID., *Procedimento amministrativo*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, V, Milano, 2000, pp. 4512-4513; A. PAJNO, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole. Le autorità indipendenti*, Bologna, 1996, p. 121 ss.).

35 Se, infatti, ponendosi nella prospettiva descritta, si assiste ad una "capacità espansiva del contraddittorio", idonea a portare le logiche processuali al di là dell'ambito proprio del processo giurisdizionale (in questo senso L.P. COMOGLIO, *Contraddittorio (principio del)*, I) *Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1997, pp. 11-12, il quale, richiamando le considerazioni di Fazzalari, aggiunge che se l'essenzialità del contraddittorio si manifesta in una correlazione indissolubile con la funzione giurisdizionale, esso si appalesa anche "come veicolo indispensabile di diffusione del paradigma processuale anche al di fuori dell'orbita del fenomeno giurisdizionale in senso tecnico", come avvenuto in relazione alla disciplina della l. n. 241/1990 per il procedimento amministrativo; cfr. anche lo stesso E. FAZZALARI, *Diffusione del processo*, cit., p. 861 ss.), è pur vero che, d'altro canto, lo stesso riferimento al contraddittorio, per le diverse modalità in cui può trovare applicazione, in relazione al tipo di processo, porta ad una genericità dei contenuti del processo stesso, senza possibilità di pervenire per tale via ad un'ipotesi ricostruttiva definita. In questi termini, il paradigma comune deve allora essere mantenuto, ma ciò non va a negare la possibilità di sue diverse declinazioni; anzi, è proprio in questi termini che è possibile pervenire alle considerazioni da noi effettuate, per cui la consistenza della funzione si ricollega alla struttura del modello procedurale in cui essa trova esplicazione.

Nello specifico, si ritiene possibile individuare due modelli processuali generali, sulla base della considerazione che del contraddittorio si assume, sotto il profilo strutturale e funzionale, nel rapporto con la norma di cui all'art. 6 CEDU. Il primo modello è quello che può definirsi

prescritto debba darsene conto nell'apposita motivazione dell'atto, nel momento, quindi, di manifestazione della decisione assunta, che ad esse deve appunto essere rapportata<sup>36</sup>.

Il modello di produzione, che viene in questione in relazione al potere amministrativo, può dirsi essere dunque strutturato nel senso di un *processo*, che incentra la formazione della decisione sull'*accertamento*<sup>37</sup>. La funzione amministrativa, intesa, sotto il profilo strutturale, come processo di manifestazione di una

---

*prettamente garantistico*, corrispondente ad un modello procedurale rispettoso delle garanzie riscontrabili nell'art. 6 CEDU, in sé considerate. Il secondo è quello *collaborativo-garantistico*, ove l'autorità decidente non è pienamente separata dal soggetto procedente, in quanto la separazione è solo eventuale, e non è comunque perfetta sotto il profilo strutturale, ma la partecipazione delle parti non può comunque essere obliterata; in ordine ad esso, il rispetto dell'art. 6 CEDU è assicurato dalla compensazione *ex post* in un successivo processo prettamente garantistico. Ora, il primo modello è quello che deve necessariamente riscontrarsi nel processo giurisdizionale, ai sensi del combinato disposto degli artt. 24, 100, 101 ss. e 111 Cost., e degli artt. 6 CEDU e 47 CDFUE; il secondo è, invece, come spiegato nel testo e alla nota precedente, il modello corrispondente al modulo procedurale generale dell'azione amministrativa. È possibile, va peraltro aggiunto, che, in taluni specifici procedimenti amministrativi (ad es., quelli propri delle Autorità indipendenti), la configurazione dell'organo decidente e l'articolazione del relativo contraddittorio tra le parti siano strutturate in senso prettamente garantistico. Sul punto, si veda, ancora, *Potere*, II-2, cit., p. 288 ss.; *Il contraddittorio procedimentale*, cit., p. 181 ss.

<sup>36</sup> In questo modo, viene normativamente prevista una procedura all'interno della quale assume rilievo l'accertamento e la valutazione dei fatti rilevanti; come detto nel testo, ciò che si ricava dalla disciplina sugli adempimenti istruttori, regolamentata dagli artt. 6 ss., l. n. 241/1990. Tale attività viene, poi, come pure si è considerato, inquadrata all'interno di un modello processuale corrispondente, che consente di rapportarla alla relativa decisione. A questo proposito, rileva, in particolare, la possibilità di individuare un momento formalizzato di proposizione della proposta decisoria (di proposizione o auto-proposizione della domanda, come detto nel testo); rispetto ad essa, si pone infatti la necessità di verifica della proposta formulata, in cui la relativa attività si esplica. Inoltre, l'atto che esprime la decisione, ponendo in essere la relativa situazione effettuale, rapporta la decisione stessa alle risultanze dell'attività svolta: ciò avviene attraverso la previsione della necessità di motivazione in relazione a tali profili, secondo quanto appunto si riscontra nella norma di cui all'art. 3, l. n. 241/1990. In presenza di detti caratteri, l'attività viene quindi unitariamente considerata quale ascritta ad una verifica in relazione ad una proposta di decisione che trova la sua esplicazione nell'ambito di un corrispondente processo: sul punto, cfr. *Potere*, I, cit., p. 410 ss.

decisione<sup>38</sup>, rappresenta cioè una procedura che, nella complessità soggettiva che si esplica attraverso il contraddittorio tra le parti, sarebbe rivolta all'accertamento della sussistenza della/e situazione/i giuridica/he che assurgono ad ipotesi da verificare.

Ora, tale rappresentazione non deve considerarsi assumere un carattere meramente descrittivo. Se così fosse, del resto, non si supererebbe l'obiezione per cui, se la situazione oggetto della decisione non è normativamente definita (perché, appunto, è attribuita discrezionalità nella determinazione della regola di preferenza della scelta), allora non si potrebbe essere, in realtà, al cospetto propriamente di un accertamento, che presupporrebbe, invece, quale referente nel rapporto tra fatto e diritto, una realtà normativa predeterminata.

Tutt'al contrario, la ricostruzione descritta deve considerarsi idonea ad incidere sulla struttura delle situazioni inerenti al/i potere/i coinvolto/i, in quanto rappresentativa di un'esplicita scelta di valore, effettuata dall'ordinamento, nella definizione del modo di partecipazione alla determinazione del valore propria delle ipotesi in cui la situazione di potere da esercitare non presenti, in sé, carattere vincolato.

La presenza di un margine di scelta, afferente al profilo teleologico proprio del potere, comporta, infatti, lo si è detto, la partecipazione del soggetto alla determinazione del valore da attuare, che si sostanzia nell'elaborazione di un criterio di preferenza che porta ad una regola concreta di azione. Tale elaborazione non rileva però, in ogni caso, in via autonoma e diretta: ciò avviene solo qualora si at-

---

37 Sul modello procedimentale amministrativo quale procedura di accertamento, si vedano anche, nelle differenti declinazioni, B. TONOLETTI, *L'accertamento amministrativo*, Padova, 2001, spec. p. 75 ss.; M. MONTEDURO, *Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica*, I, *Questioni presupposte di teoria del provvedimento*, Padova, 2012, p. 92 ss.

38 Secondo l'impostazione in particolare di F. LEDDA, *La concezione dell'atto amministrativo e dei suoi caratteri*, in U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI, D. SORACE (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, II, Rimini, 1987, ora in *Scritti giuridici*, Milano, 2002, p. 242 ss.; ID., *L'attività amministrativa*, in *Il diritto amministrativo degli anni '80*, Milano, 1987, ora in *Scritti giuridici*, cit., p. 264 ss., che, per tale via, ha superato, da un lato, la tradizionale visione strutturale della funzione come farsi dell'effetto (cfr. *supra*, in nota, nei riferimenti a Benvenuti), e, dall'altro, la configurazione di una decisione come limitata ai provvedimenti di procedimenti prettamente contenziosi. Cfr. *Potere*, I, cit., p. 387 ss.

tribuisca una specifica rilevanza al processo formativo della decisione, nei termini della corrispondente configurazione della relativa struttura procedurale a cui si conferisce rilievo.

La considerazione non è senza conseguenze perché, nel momento in cui il valore riferito, da parte dell'ordinamento, è alla rilevanza normativa di una procedura fondata, come visto, sull'accertamento (scelta di valore procedurale), la stessa attribuzione di una partecipazione alla determinazione del valore da attuare (scelta di valore sostanziale) deve essere considerata necessariamente insieme alla prima, andando a costituire, entrambe, due piani di rilevanza del medesimo rapporto. In questi termini, in ragione della considerazione di tale duplicità di piani di rilevanza, deve essere conseguentemente possibile porre in correlazione l'accertamento, proprio della procedura, con la discrezionalità della scelta, propria della situazione di potere oggetto della procedura, pervenendo, per tale via, ad una loro conciliazione<sup>39</sup>.

### **3.1 La situazione giuridica che si pone in rapporto con la situazione di potere in una prospettiva procedurale**

La rilevanza del dato procedurale non va dunque intesa quale idonea a conferire un apporto meramente descrittivo alla caratterizzazione del potere amministrativo e del suo esercizio. Essa, al contrario, deve reputarsi in grado di connotare in maniera conseguente la stessa struttura e consistenza dei rapporti giuridici che vengono in questione.

In particolare, sotto il profilo *strutturale*, le relazioni tra entità soggettive, che si rapportano in ordine all'esercizio del potere, siano esse rivolte ad utilità a rilievo sostanziale, ovvero ad utilità (prettamente) procedimentali, vengono ad assumere, nel senso descritto, comunque carattere procedurale, per come interne alla struttura processuale dell'azione amministrativa. Le situazioni giuridiche soggettive configurabili assumono, in altri termini, la consistenza strutturale che si ricava dal relativo modello processuale.

In tal modo, si può sostenere che l'interesse del soggetto che si rivolge nei confronti dello svolgimento del procedimento individua le situazioni giuridiche

---

<sup>39</sup> Sulle considerazioni appena effettuate, e quelle di seguito nel testo, si veda *Potere*, I, cit., p. 439 ss.; II, *Conclusioni*, cit., p. 503 ss.

*procedurali astratte, prettamente procedimentali*, che si vengono a configurare in relazione al rapporto tra (interesse appunto del) soggetto e norme sulla produzione di carattere formale (esplicazione del contraddittorio, svolgimento delle attività di verifica, requisiti formali dell'atto, ecc.), attinenti agli elementi della fattispecie della situazione effettuale. Allo stesso modo, l'interesse del soggetto che si rivolge alla situazione giuridica di potere (di produzione di un effetto precettivo), che nell'ambito del procedimento si esplica, individua, invece, le situazioni *procedurali concrete, a rilievo sostanziale*, che traggono la loro configurazione nel rapporto tra (interesse del) soggetto e norme sostanziali sulla produzione, per come considerate insieme con le prescrizioni procedurali volte alla definizione della modalità deontica dello svolgimento e della conclusione della procedura, e per come rapportate al modello normativo della funzione fatto proprio dal nostro ordinamento. In tale scenario, la stessa azione procedimentale amministrativa, quale agire rivolto alla decisione, va dunque considerata nei termini di un *comportamento procedurale*, rispetto al quale vengono a rapportarsi le differenti situazioni (astratte e concrete), e, con esse, anche la validità del relativo atto (rispettivamente, per ragioni formali o sostanziali)<sup>40</sup>.

La struttura normativa della funzione, nel fornire la definizione strutturale delle situazioni giuridiche in questione, risulta inoltre, al contempo, idonea a definire, sulla base del medesimo dato normativo, anche la *consistenza* delle situazioni stesse.

La circostanza per cui, nel processo formativo della decisione, l'attività decisoria risulti connotata dalla giuridica rilevanza dei suoi specifici caratteri strutturali, si è detto infatti rappresentare una precisa scelta di valore da parte dell'ordinamento, relativa all'esplicazione della dinamica della produzione. Tale scelta di valore ha conseguenze in ordine all'emersione del profilo teleologico a cui il potere (ogni potere) è rivolto, nel senso che tale profilo, e l'eventuale elaborazione di un criterio di preferenza che si accompagna alla sussistenza di discrezionalità nella sua definizione, risulta idoneo, per tale via, ad assumere rilievo, secondo quanto spiegato, in via autonoma e diretta<sup>41</sup>. In ciò consiste l'essenza della

---

40 Cfr. *Potere*, I, cit., p. 387 ss.; II-2, cit., p. 279 ss.

41 Cfr. *Potere*, I, cit., p. 443 ss.

funzionalizzazione, nella sua commistione tra profilo teleologico e profilo strutturale.

Vi è cioè, in questo senso, l'espressione di un valore procedurale proprio della struttura normativa del modello di produzione, che si accompagna al valore sostanziale consistente nell'attribuzione della definizione della regola di preferenza discrezionale propria della situazione di potere in ordine all'assetto teleologico da attuare. Entrambi i profili si pongono su un piano normativo, ed entrambi risultano idonei a caratterizzare la consistenza della situazione giuridica di potere, e di quelle che vi si pongono in rapporto.

Nella prospettiva indicata, l'essenza strutturale della funzionalizzazione deve allora risultare in grado di conciliare entrambi i valori (sostanziale e procedurale) riferiti. Essa deve quindi reputarsi idonea ad *ascrivere proceduralmente all'accertamento*, che detta struttura connota, anche l'attività, differente, che caratterizza la scelta in ordine all'elaborazione del criterio di preferenza discrezionale, *pur mantenendone inalterata la connotazione sostanziale*. Il modello di accertamento, costituendo, cioè, una scelta di valore effettuata da parte dell'ordinamento, di conferimento di rilievo giuridico, in generale, all'attività di correlazione tra fatto e diritto, fa sì che, per tale ragione, il modello stesso si deve reputare in sé idoneo a ricomprendere, sotto il profilo normativo della funzione, laddove suffragato dai caratteri strutturali corrispondenti alla sostanza processuale del procedimento decisorio, anche attività di valutazione che dall'accertamento tecnicamente esulerebbero, senza per questo obliterarne la relativa essenza sostanziale.

Nel momento in cui risulta possibile rinvenire un modello di produzione incentrato sulla verifica del fatto rispetto alla norma, rispetto al quale riceve rilievo giuridico la sostanza processuale dell'attività, si deve allora ritenere che *anche le ulteriori attività valutative*, che rispetto all'accertamento siano strumentali o correlate, debbano essere ascritte, *sotto il profilo procedurale*, a tale modello strutturale, appunto in ragione della compresenza, *accanto al valore sostanziale di definizione della scelta in ordine alla definizione della regola di preferenza, che in sé rimane intatto, di quello procedurale proprio del modello strutturale della determinazione stessa*<sup>42</sup>.

---

42 Cfr. ancora ivi, p. 450 ss.

La conseguenza, a cui si perviene accedendosi a tale ricostruzione, è la seguente. Da un lato, *su un piano sostanziale*, la scelta discrezionale dell'Amministrazione comporta la definizione di una norma di preferenza del caso concreto precedentemente non esistente. Dall'altro, *sul piano procedurale*, la regola in questione si deve invece considerare già normativamente esistente nel suo profilo di rilevanza, risultando in questo modo idonea, come tale, a porsi come referente dell'accertamento (e a consentire così, per tale via, la convivenza tra discrezionalità e accertamento). In tale prospettiva, *vengono dunque a delinearsi due piani di rilevanza, sostanziale e procedurale*, afferenti a due dimensioni della medesima situazione giuridica. Rispetto ad essi, *si viene a scindere l'operatività della regola di preferenza discrezionale*, che risulta distinta *sul piano sostanziale e su quello procedurale*, sussistendo comunque nel secondo, anche senza esserlo nel primo.

Tale connotazione è quella che deve quindi considerarsi propria delle relative situazioni a rilievo sostanziale concernenti il potere amministrativo. Sulla base di essa, risulta così possibile, *senza disattendere l'attribuzione discrezionale dell'Amministrazione in ordine all'assetto teleologico da attuare, che permane sul piano sostanziale*, configurare la situazione a rilievo sostanziale del privato, *in ragione del suo carattere procedurale (procedurale concreto), che vede la regola discrezionale già operativa*, quale *pretesa rivolta all'utilità finale* (alla produzione o alla non produzione dell'effetto), la quale risulta integrata qualora concretamente sussistenti tutti gli elementi (vincolati e discrezionali) propri della relativa fattispecie.

In questo modo, la situazione giuridica del privato risulta direttamente correlata al profilo assiologico ad essa corrispondente, cioè al bene della vita individuato nella situazione effettuale idonea a soddisfare l'interesse materiale del soggetto titolare della relativa situazione. Non incorre, però, nei rilievi propri di una

---

Si intende che ciò in tanto vale in quanto un modello di accertamento sia normativamente configurabile in ordine al procedimento amministrativo in cui lo specifico potere considerato trova esplicazione, in ragione della disciplina della l. n. 241/1990, o di altra normativa speciale. Non può così, ad es., ravvisarsi il particolare modello di accertamento sopra descritto per gli atti normativi e quelli a contenuto generale, per i quali l'art. 3, co. 2, l. n. 241/1990, non richiede la motivazione, in disparte ogni considerazione in ordine alla idoneità della relativa fattispecie normativa a configurare uno schema in cui sia previsto il rapportarsi della realtà fattuale a quella giuridica ai fini dell'integrazione degli elementi previsti dalle norme sostanziali sulla produzione.

situazione, come visto, solo indirettamente strumentale rispetto al suo oggetto: nei termini riferiti la garanzia di detto interesse è, infatti, comunque attuale, in ragione del carattere procedurale della relativa situazione; si è, cioè, comunque al cospetto di una pretesa alla produzione/non produzione dell'effetto<sup>43</sup>.

La rispondenza al dato assiologico avviene così, per la via indicata, su un piano essenzialmente normativo, riconoscendosi al modello di produzione proprio della funzione amministrativa, per come ricavabile dalla normativa generale sul procedimento, specifica rilevanza in ordine alla ricostruzione delle situazioni

---

43 La considerazione dell'interesse legittimo quale *pretesa all'utilità finale* è stata, invero, proposta più volte in dottrina, ed è propria, in particolare, della tesi di G. GRECO, *Dal dilemma diritto-soggettivo-interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, in *Dir. amm.*, 2014, p. 483 ss.; ID., *Giudizio sull'atto, giudizio sul rapporto un aggiornamento sul tema*, in F. FRANCIOSI, M.A. SANDULLI (a cura di), *Profili oggettivi e soggetti della giurisdizione amministrativa. In ricordo di Leopoldo Mazza*, Napoli, 2017, p. 27 ss., spec. p. 63 ss. In particolare, tale A. (modificando, sul punto, l'originaria impostazione sostenuta ne *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980, ove si faceva riferimento ai soli elementi 'rigidi' del rapporto) ha considerato, per superare il problema del rapporto tra pretesa e discrezionalità dell'azione amministrativa, un rapporto tra P.A. e cittadino che si porrebbe in chiave 'dinamica' (su tale profilo, cfr. *infra*, nt. 54). In questa prospettiva, l'eventuale discrezionalità, che caratterizza il potere amministrativo nel caso di specie, andrebbe necessariamente esaurita (quantomeno) nel processo; di conseguenza, l'interesse legittimo andrebbe qualificato in ogni caso come pretesa all'utilità finale.

Tale impostazione si è esposta però alla critica di L. FERRARA, *Domanda giudiziale*, cit., pp. 639-640, secondo cui, se l'oggetto della pretesa del privato è l'utilità finale, essa non sarebbe esistente, in caso di potere discrezionale, fin quando la scelta discrezionale non è compiuta. La situazione in questione, cioè, non sarebbe (ancora) attuale; e la pretesa nei confronti dell'Amministrazione potrebbe concernere quindi, in sé, solo la *possibilità* di ottenere il bene finale (la *chance* legale, come visto, propria della visione di tale A.).

Ora, l'obiezione mossa da L. Ferrara non è in sé superabile rispetto alla tesi a cui si rapporta. Se si considera, infatti, che la discrezionalità consiste in un'attribuzione sostanziale, che l'ordinamento riferisce all'Amministrazione, di elaborare una regola di preferenza, allora si avrà necessariamente la seguente alternativa di ordine logico. Da un lato, si potrebbe ritenere che il sindacato del giudice amministrativo possa essere in ogni caso sostitutivo in senso proprio (su tale tipologia di sindacato, *infra*, par. 4.1, nel testo e alla nt. 66); ma allora, necessariamente, si dovrà ammettere che la scelta discrezionale potrà essere sempre sostituita, e finanche per la prima volta effettuata in mancanza di una sua previa statuizione, da parte del giudice; con la conseguenza – che risulta tuttavia inaccettabile nell'attuale quadro ordinamentale (cfr. *Potere*, I, cit., pp. 266 ss. e 326 ss.) – di *negare* l'effettiva sussistenza di un'attribuzione discrezionale in capo all'Amministrazione. Dall'altro, si può invece considerare – ed è questa l'unica alternativa positivamente consentita – che, per quanto intenso possa essere il sindacato del giudice, questo non potrebbe porsi in chiave compiutamente sostitutoria a fronte di una scelta discrezionale, che, cioè, il giudice non potrebbe compiere una sostituzione, rispetto alla discrezionalità *non esaurita*;

giuridiche coinvolte. Il legame con il profilo assiologico, attraverso l'impostazione proposta, riesce, in altri termini, a porsi (anche) su un piano normativo, in quanto il dato normativo di riferimento, al fine della configurazione della situazione, non sarebbe soltanto quello sostanziale, ma, come detto, quello sostanziale nel suo legame con quello proprio della struttura procedurale attraverso la quale la situazione di potere si deve esprimere<sup>44</sup>.

È, allora, per questa stessa ragione che non può invece venire in rilievo una situazione configurata come pretesa all'utilità strumentale (la possibilità normati-

---

ma, allora, la pretesa non potrà essere all'utilità finale (*Achille non potrebbe raggiungere la tartaruga*, per utilizzare la stessa espressione di A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa (Sonntagsgedanken)*, Milano, 2005, pp. 159-160), in quanto, a tutto voler concedere, essa non esiste normativamente prima della definizione della regola discrezionale da parte dell'Amministrazione, e cessa di esistere se la regola stessa è confutata e residuano più scelte discrezionali legittime all'esito del sindacato giudiziale.

La nostra impostazione non si presta, invece, alla medesima obiezione. La scissione fra piano procedurale e piano prettamente sostanziale, con l'operatività della regola discrezionale già nel primo, ancorché non lo sia ancora nel secondo, è ciò che consente di superare l'inattualità della regola discrezionale, e della corrispondente pretesa rispetto all'utilità finale. Questa risulta così già effettuale, senza per questo negare l'attribuzione discrezionale in capo all'Amministrazione: la scelta discrezionale rimane, infatti, nella definizione di quest'ultima, mantenendo in tal modo intatto il suo rilievo sostanziale, conseguente alla sua inoperatività sul relativo piano di rilevanza, prettamente sostanziale. Sul punto, cfr. ampiamente *infra*, ai paragrafi successivi.

<sup>44</sup>In questo modo, si supera l'obiezione che può invece muoversi alla tesi di A. ROMANO TASSONE, *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 273 ss. (già peraltro in via generale rappresentata in ID., *Situazioni giuridiche soggettive (dir. amm.)*, cit., p. 981 ss., ove era presente il riferimento alla funzionalizzazione dell'interesse legittimo all'interesse pubblico, poi non più ripresa), il quale, nell'opporsi alla svalutazione del substrato assiologico riferibile alla situazione giuridica, propria della configurazione dell'interesse legittimo quale pretesa alla possibilità normativa del risultato favorevole – e con essa, in generale, dell'ottica normativista di risoluzione nel riflesso della norma delle situazioni soggettive che ne è alla base – fornisce una ricostruzione dell'interesse legittimo che però, come si spiegherà di seguito, non sembra apparire del tutto soddisfacente in ordine al legame tra dato normativo e dato assiologico; con la conseguenza di non risultare neppure convincente, a nostro avviso, il modo in cui esso possa incidere sulla fisionomia strutturale della situazione giuridica.

In particolare, il compianto Maestro ha ritenuto che diritto soggettivo e interesse legittimo debbano essere considerate come situazioni strutturalmente diverse, rispetto al quale cambierebbe la relativa modalità di protezione. In questo senso, se il diritto soggettivo individua una protezione giuridica dell'interesse stabilita *a priori* e in astratto dalla norma sostanziale, l'interesse legittimo troverebbe riscontro ogniqualvolta l'ordinamento non determina la soluzione sostantiva del conflitto sociale, ma si limita a predisporre i congegni per la sua soluzione; e all'esito dell'esperimento di tali congegni (essenzialmente, quelli attinenti alla struttura

va del risultato favorevole, cioè la c.d. *chance* legale, sussistente se fattualmente esistenti gli elementi vincolati della fattispecie), insieme con la considerazione del potere che essa porta con sé. Questa, infatti, risulterebbe espressione di un confronto con la discrezionalità che si realizzerebbe su un piano normativo unicamente sostanziale, svalutando il rilievo, sul punto, della struttura processuale del modello di produzione<sup>45</sup>.

---

procedimentalizzata del potere, idonei ad inserire l'esercizio di quest'ultimo in un percorso di oggettivizzazione e razionalizzazione), l'astratta possibilità di realizzazione può trasformarsi tanto in necessità di realizzazione, quanto in impossibilità realizzativa, nonché, ancora, nel permanere dell'incertezza. In tal modo, la consistenza della situazione giuridica, e, conseguentemente, dell'accertamento giudiziale ad essa riferito, progredisce con l'avanzamento della funzione, e si collega quindi alla funzione intesa sotto il profilo strutturale. In forza di tale ricostruzione, sarebbe possibile dunque evitare che (*Giudice amministrativo*, cit., p. 279) «una qualche – e qualunque – pretesa, non altrimenti rilevante per le proprie caratteristiche intrinseche» possa essere oggetto della situazione giuridica del soggetto, a prescindere, cioè, dell'interesse materiale del soggetto stesso.

Le medesime logiche della ricostruzione di Romano Tassone sono state fatte proprie anche dal Suo allievo, M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, Pisa, 2013, p. 234 ss., spec. p. 241 ss.; ID., *Decisioni amministrative e situazioni giuridiche soggettive*, in M. RENNA, R. URSI (a cura di), *La decisione amministrativa*, Napoli, 2021, p. 115 ss., spec. p. 130 ss. Secondo tale A., l'interesse legittimo non sarebbe da collocarsi nell'ambito delle situazioni efficaci, ma rappresenterebbe una situazione di rilevanza; più nello specifico, si ritiene che sarebbero configurabili due modelli strutturali, quello del diritto, che corrisponde ad un interesse efficace, e quello dell'interesse legittimo, che corrisponde ad un interesse soltanto rilevante. In questa prospettiva, l'interesse legittimo sarebbe allora una situazione di rilevanza, non efficace, che si rapporta non al potere (inteso, cioè, in senso stretto, quale situazione rivolta alla produzione dell'effetto), ma alla funzione (al farsi della decisione, intesa, da parte dell'A., quale espressione unicamente di un'attività discrezionale, per come volta a formare la regola di preferenza: sul punto, si veda quanto si dirà *infra*, par. 4.2, nt. 82): essa tutelerebbe la possibilità che l'interesse sia realizzato, non la necessità della sua realizzazione; non esprimerebbe quindi una pretesa in senso proprio (nella terminologia dell'Autore, un diritto), salvo il caso in cui la discrezionalità sia esaurita con l'esercizio della funzione.

Ora, secondo quanto si è avuto modo di spiegare in *Potere*, I, cit., 296 ss.; II, cit., p. 506 ss., nt. 6, nonché in *Dialogo sul potere con Michele Trimarchi*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, p. 268 ss., ove entrambe le tesi sono state compiutamente analizzate, la configurazione, a tale fine, dell'interesse legittimo quale situazione la cui realizzazione non è assicurata in via normativa, ma che acquisisce rilevanza nel corso della funzione, non può reputarsi idonea a sorreggere l'esigenza assiologica pur condivisibilmente rappresentata da tali Aa. La necessità di porre ad oggetto della situazione giuridica l'interesse materiale non è, infatti, di per sé sufficiente a dare fondamento ad una particolare ricostruzione concettuale; quest'ultima deve invece trovare un

### 3.2 (segue) Il rilievo procedurale della discrezionalità amministrativa. Definizione e conseguenze

La discrezionalità amministrativa, nel senso da noi descritto, *pur mantenendo intatto il suo carattere sostanziale, si declina quindi in chiave procedurale*, e consente di essere vista nella duplicità dimensionale, appunto procedurale e sostanziale, che caratterizza le relazioni che si situano nell'ambito della funzione amministrativa, per come da noi rappresentata. In tal modo, la definizione della regola ad essa afferente partecipa della duplicità dimensionale propria della struttura del modello di produzione in cui trova collocazione, e viene considerata, come si è spiegato, quale già normativamente sussistente sul piano procedurale.

---

compiuto riscontro sul piano strutturale del contesto normativo, non potendo altrimenti ricevere giustificazione. Di fatto, per la via indicata, si finisce allora per pervenire alla considerazione di nient'altro che un'*aspettativa* rispetto ad una situazione non ancora venuta ad esistenza. Rispetto a quest'ultima, però, si può evidenziare come, da un lato, la sua considerazione corrisponde più alla negazione che al positivo riscontro della rilevanza stessa dell'interesse legittimo, quale altro rispetto alla situazione finale incisa dal potere (si veda, in proposito, N. PAOLANTONIO, *Esistenza dell'interesse legittimo? (Rileggendo Franco Ledda)*, in *Dir. amm.*, 2015, p. 1 ss., spec. p. 42 ss.). Dall'altro, pure va rilevato come la dottrina che si è occupata dell'istituto in questione (cfr. A.C. PELOSI, *Aspettativa di diritto*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, I, Torino, 1987, p. 465 ss.; M. ASTONE, *L'aspettativa e le tutele. Contributo allo studio degli effetti preliminari nelle situazioni di pendenza*, Milano, 2006, p. 151 ss.) ha riportato la possibilità di realizzazione dell'interesse rispetto all'*aspettativa* ad espressione del canone generale del rispetto della buona fede: se si tiene presente, allora, che l'evoluzione dottrinale sugli obblighi di protezione ha portato a configurare, anche in caso di mancanza di una prestazione, una pretesa rivolta al corretto esercizio del potere, che può esprimersi nella conservazione e nel ripristino della sequenza procedimentale (cfr. *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., 226-227, ed ivi in particolare il riferimento ad A. IULIANI, *Obblighi strumentali e azione di adempimento*, Milano, 2018, 284 ss.), si comprende come, per tale via, si finisca per configurare una situazione già effettuale, che a nient'altro corrisponde se non alla pretesa alla possibilità normativa del risultato favorevole, di cui invece si sarebbe voluto, tutt'al contrario, negare cittadinanza.

Non ci pare, quindi, che il percorso ricostruttivo seguito risulti idoneo a dare seguito al dato assiologico invocato, in quanto debole sembra il dato normativo al quale, quantomeno nella nostra concezione dell'ordinamento giuridico, esso dovrebbe ancorarsi. L'unico modo di perseguire il fine indicato sarebbe, dunque, nei termini che si è tentato di dimostrare, quello di ancorare compiutamente il profilo assiologico a quello normativo, e per tale via incidere sulla fisionomia strutturale della situazione giuridica, tale da modificarne il profilo attinente all'inattualità della pretesa.

<sup>45</sup> Si veda, oltre a quanto in questa sede rappresentato, *Potere*, I, cit., p. 238 ss.

Nel momento in cui, in altri termini, il modello procedurale amministrativo si esprime nel senso di una considerazione normativa della relativa attività, complessivamente intesa, quale improntata sull'accertamento, si viene a ritenere sussistente un'equiparazione normativa – *rivolta, si badi bene, unicamente al piano procedurale* – tale per cui l'attività di definizione del valore da attuare, relativa all'elaborazione del criterio di preferenza discrezionale di ordine teleologico, verrebbe normativamente ascritta, appunto sotto il profilo procedurale, a quella di verifica dei fatti in ordine all'integrazione della fattispecie. Tale equiparazione procedurale si verificherebbe, come detto, in quanto l'ordinamento, nel porre il modello strutturale di accertamento quale modalità di esercizio del potere, ha effettuato una precisa scelta di valore in ordine alle modalità di esplicazione del potere stesso, fondando su di esse il profilo dinamico a quest'ultimo afferente<sup>46</sup>.

Il meccanismo *tecnico*, attraverso il quale è possibile avere tale risultato, è quello per cui la regola di preferenza discrezionale si considera, come spiegato, *già operativa sul piano procedurale, ancorché non lo sia su quello della dimensione prettamente sostanziale*. La circostanza per cui la regola di preferenza, afferente al profilo teleologico del potere, non risulti normativamente definita sul piano sostanziale, non preclude, infatti, ad una sua considerazione già effettuale, per come operativa sul piano procedurale, in ragione della componente normativa riferibile al piano procedurale stesso. L'indefinizione contenutistica, relativa al contenuto della regola, passa così, *sul solo piano della rilevanza procedurale*, dal profilo di definizione della regola stessa a quello di verifica rispetto ad una regola assunta come già definita.

Tale fenomeno di operatività della situazione effettuale è del tutto conosciuto nel nostro ordinamento, ed è proprio dell'ottica processuale generale, ove l'operatività di un fatto, pur già effettuale su un piano sostanziale, potrebbe non occorrere su quello procedurale se non a seguito dell'esercizio di un particolare potere processuale. È questo, nello specifico, il fenomeno riconducibile all'eccezione in senso stretto (cioè non rilevabile d'ufficio dal giudice): l'eccezione in senso stretto è, infatti, un potere processuale volto, attraverso la richiesta di applicazione dell'effetto giuridico corrispondente a determinati fatti allegati, ad attribuire rilevanza a detti fatti, già produttivi di effetti giuridici nella realtà sostanziale,

---

<sup>46</sup>Cfr. ancora *Potere*, I, cit., p. 450 ss.

anche sul piano processuale, ai fini dell'operatività del relativo effetto<sup>47</sup>. Rispetto a tale evenienza, cambia il contenuto dell'effetto, e risulta invertito il rapporto di operatività tra i due piani, ma il presupposto logico è il medesimo: si considera, in altri termini, che il piano di rilevanza processuale è scisso da quello sostanziale, e da ciò si fanno derivare le relative conseguenze<sup>48</sup>.

Nella maniera rappresentata, si può dunque concludere nel senso che la *distinta operatività* di una situazione effettuale (quella afferente alla *regola di preferenza discrezionale*, propria della fattispecie del potere), *sul piano procedurale e su quello (prettamente) sostanziale, è il carattere ricostruttivo su cui si fonda la nostra impostazione*, possibile in ragione del riconoscimento della duplicità dimensionale che, sul piano normativo, viene conferita, sotto tale profilo, al modello di produzione proprio della funzione amministrativa.

---

<sup>47</sup> Come tale (per una compiuta ricostruzione sia consentito rinviare a *Potere*, I, cit., p. 166 ss., nt. 310; II-1, cit., p. 186 ss., nt. 286; ivi i relativi riferimenti), essa si distingue sia dall'eccezione in senso lato, rilevabile d'ufficio (rispetto alla quale si ricadrebbe nella più generale problematica dell'allegazione dei fatti e del relativo onere di provarli), sia dall'eccezione costitutiva (la quale individua, nell'ambito delle eccezioni in senso stretto, l'eccezione diretta ad attribuire rilevanza a fatti che non sono autonomamente produttivi di effetti giuridici; e rappresenta, come tale, un potere processuale dal cui esercizio scaturisce la costituzione del dovere del giudice di attuare la modificazione giuridica richiesta, per come limitata al suo rilievo sulla situazione giuridica dedotta in giudizio). L'eccezione in senso stretto (non costitutiva) è dunque il corrispettivo, a piano processuale e piano sostanziale invertiti, di quanto si viene a verificare, nella nostra ricostruzione, in ordine alla regola di preferenza discrezionale nella fattispecie della situazione giuridica di potere.

<sup>48</sup> La nostra tesi rappresenta, cioè, una diretta conseguenza della scissione tra piano di rilevanza sostanziale e piano di rilevanza processuale delle situazioni giuridiche, presente nella generale considerazione del diritto a partire dall'elaborazione della concezione dell'azione quale situazione autonoma rispetto al diritto sostanziale ad essa collegata (sul punto, sia consentito rimandare a *Potere*, I, cit., p. 91 ss., nel testo e in nota). Una volta, dunque, accettate le premesse da cui la tesi muove, della consistenza procedurale della funzione amministrativa, e del rilievo normativo che si collega alla corrispondente scelta di valore effettuata da parte dell'ordinamento, risulta del tutto consequenziale accedere alla nostra considerazione della discrezionalità, e scindere l'operatività della regola di preferenza discrezionale tra piano sostanziale e piano processuale. In tale prospettiva, in effetti, negare cittadinanza alle premesse concettuali della nostra tesi, e così alle sue conseguenze, sarebbe possibile, ma solo negando lo stesso dualismo tra diritto sostanziale e diritto processuale; seguendosi un'impostazione che, seppur in passato autorevolmente avanzata (è questa la ricostruzione, non serve ricordarlo, di S. Satta: cfr. *Potere*, I, cit., *ivi*, nt. 126), non ha mai ricevuto positivo riscontro.

La scelta di valore effettuata dall'ordinamento risulta così, in definitiva, idonea a tenere distinti, sotto il profilo che viene in rilievo, il piano di rilevanza giuridica sostanziale da quello procedurale con riferimento all'ambito dell'attività amministrativa. La struttura normativa della funzione si determina, cioè, nel fornire una distinta rilevanza al piano procedurale rispetto a quello sostanziale, la quale, in questi termini, si pone all'interno di una specifica e corrispondente visione della dinamica giuridica<sup>49</sup>.

Nella prospettiva indicata, infatti, una volta riconosciuto il rilievo autonomo della situazione di potere, e quindi incentrato l'ordinamento nella chiave dinamica costituita dalla rilevanza di una situazione giuridica corrispondente alla modalità deontica (obbligo/facoltà) di un atto precettivo, ne scaturisce che il medesimo piano dinamico acquisisce rilevanza in sé considerato, venendo a ricevere attribuzione il particolare valore sotteso alla struttura normativa della funzione, e il profilo procedurale che ad esso si collega. La scissione dei piani di rilevanza, che di tale considerazione della realtà giuridica è conseguenza, fa sì, a sua volta, che la regola di preferenza, pur non sussistendo ancora nella realtà sostanziale, possa essere normativamente considerata come già operativa sul piano procedurale<sup>50</sup>.

---

49 La visione indicata muove direttamente dalla considerazione del rapporto tra diritto e potere, per come idoneo a rappresentare, nella sua evoluzione, il rapporto tra statica e dinamica giuridica, di cui si è ampiamente detto. Rispetto a quanto considerato nel corso della trattazione, può rilevarsi, infatti, che la chiave di rilevanza dinamica dell'ordinamento, intesa nel senso che si è avuto modo di descrivere, è, come spiegato di seguito nel testo, ciò che porta ad attribuire un particolare valore alla struttura normativa della funzione, e al profilo procedurale che ad esso si collega. In una considerazione, infatti, del modello di rilevanza dell'ordinamento in chiave dinamica, non può non ammettersi che la struttura della funzione rivesta centrale rilevanza per l'attribuzione di particolari conseguenze, sul piano normativo, alle posizioni rispetto ad essa coinvolte; da ciò, è possibile quindi muovere in ordine al suo rilievo al fine di incidere sulla struttura stessa della situazione di potere, nei termini da noi rappresentati.

50 Si comprende, in questi termini, come solo in tal modo, solo, cioè, scomponendo i due piani di rilevanza, sostanziale e processuale, sia possibile concepire una situazione già effettuale ma non operativa, così come proposta nella tesi di Piras (su cui cfr. *supra*, nt. 12), senza per questo incorrere nelle obiezioni che alla tesi stessa sono state mosse, relative all'impossibilità di considerare, rispetto al potere, un effetto già prodotto ma non operativo (si veda ancora *supra*, ivi; nonché *Potere*, I, cit., p. 143 ss.), in un modello del giuridico a rilevanza dinamica. In quest'ultimo, infatti, l'unico modo di accedere a tale ricostruzione è risolvere la duplicità in questione nella distinzione dei due piani di rilevanza giuridica (solo per inciso, si noti che, nella tesi di Piras, l'effetto a cui si fa riferimento è quello riconducibile al potere, come creazione/incisione di una situazione finale; mentre, nella nostra ricostruzione, a venire in rilievo

Nella maniera descritta, *il modello procedurale, e la relativa attività, non si pongono dunque in chiave determinativa* rispetto alla definizione della scelta sulla produzione o meno dell'effetto precettivo, ma vengono ad essere *unitariamente considerati quale espressione di un modulo processuale di accertamento*<sup>51</sup>. L'attività di definizione della regola, sul medesimo piano procedurale, corrisponde, in questo senso, ad un accertamento, sia pure, per così dire, discrezionalmente complesso, da parte dell'organo procedente a ciò deputato.

---

è la regola di preferenza discrezionale, quale norma che definisce la fattispecie dell'effetto creativo/incisivo di una situazione finale; ma, ad ogni modo, la tipologia di correlazione è quella indicata).

51 La considerazione da noi assunta di un modello procedurale di accertamento può, infatti, essere meglio compresa, sotto il suo profilo oggettivo, attraverso un suo confronto con il diverso modello procedurale di tipo *determinativo*. In quest'ultimo modello, si assume che la necessità di produzione o meno dell'effetto precettivo, oggetto della procedura, si venga a determinare (e non semplicemente ad accertare) a seguito dei singoli passaggi procedurali, che dunque vengono ad essere costitutivi non unicamente della fattispecie dell'effetto, ma della fattispecie dell'obbligo di produrre l'effetto stesso. Nel modello di accertamento, invece, vi è una situazione giuridica assunta come già esistente all'apertura della procedura, la quale deve essere soltanto oggetto di verifica da parte dell'organo procedente, attraverso adempimenti che concernono le modalità procedurali di esercizio della situazione stessa. Il modello determinativo è quello che viene comunemente collegato ad un'attività di carattere discrezionale (cfr. i riferimenti di cui a *Potere*, I, cit., p. 410 ss.; tale modello si ritrova, inoltre, delineato in M. TRIMARCHI, *Decisioni amministrative e situazioni giuridiche soggettive*, cit., p. 115 ss., spec. p. 127 ss., ove la decisione viene considerata espressione unicamente di un'attività discrezionale che forma la regola di preferenza: cfr., in proposito, *infra*, par. 4.2, nt. 82). Il modello di accertamento, invece, viene accostato ad un'attività di tipo vincolato, soggetta a verifica. Non mancano, ovviamente, ricostruzioni volte a presentare una commistione dei due modelli, in ragione della considerazione di entrambe le attività.

Rispetto a tale rappresentazione, deve tuttavia evidenziarsi che la correlazione descritta, e con sé l'eventuale commistione di modelli, ha carattere unicamente funzionale, non logico. Non è infatti logicamente in sé contraddittorio considerare, a fronte di un'attività vincolata, un modello procedurale determinativo, tale per cui l'obbligo di produrre l'effetto precettivo si viene a determinare con la decisione (è, questa, una particolare considerazione, prettamente procedurale, dell'azione concreta, come tale non idonea ad essere considerata quale situazione a rilievo sostanziale da porre ad oggetto del processo giurisdizionale, di accertamento). Del pari, è possibile logicamente considerare un modello di accertamento a fronte di un'attività discrezionale, attraverso il meccanismo da noi proposto nel corso della trattazione; e può così conseguentemente ritenersi che, ogniqualvolta l'ordinamento predisponga un modello di produzione fondato sull'accertamento, tutte le attività vengano ad esso ricondotte, in ragione della scelta di valore che, per tale via, viene effettuata dall'ordinamento stesso.

Del pari, di fronte ad un organo di revisione della decisione, che appartiene ad un ordine procedurale differente da quello che la decisione ha adottato, o a cui comunque non è attribuita la definizione della regola, il carattere sostanziale della discrezionalità viene a declinarsi, sempre sul piano procedurale che caratterizza l'azione dei differenti organi in questione, *quale limite procedurale all'accertamento*, che può essere superato nei termini in cui la regola venga definita nel corrispondente piano procedurale, ammissibile proprio in ragione della consistenza della situazione giuridica, nella duplicità dimensionale che la caratterizza<sup>52</sup>. È su tale fondamento, dunque, che il giudice amministrativo non può sostituirsi ad una scelta discrezionale non esaurita (piano di rilevanza sostanziale della discrezionalità), ma questa può essere svolta nel processo giurisdizionale, con mezzi processuali, da parte della P.A. parte del giudizio (piano di rilevanza procedurale della discrezionalità)<sup>53</sup>.

Nel senso descritto, può così parlarsi di *'staticizzazione'* della regola di preferenza discrezionale<sup>54</sup>. Tale concetto si risolve in un accertamento rispetto ad una

<sup>52</sup> Si veda *Potere*, I, cit., p. 450 ss.; II-1, p. 185 ss.

<sup>53</sup> Più nello specifico, può dirsi che, in una differente realtà procedurale rispetto a quella di appartenenza, quale quella del processo giurisdizionale, la situazione oggetto dell'accertamento, la quale viene in rilievo (non può che venire in rilievo) mantenendo intatte entrambe le dimensioni di rilevanza giuridica, è conosciuta dall'organo decidente corrispondente (il giudice) quale effettuale nella realtà procedurale di appartenenza, ma la cui cognizione non è consentita rispetto alla parte di fattispecie non staticizzata. La limitazione è riferita quindi solo alla cognizione del giudice, ma non concerne l'operatività della regola (sul piano procedurale); ne consegue che la limitazione stessa viene corrispondentemente intesa come processuale (e come tale superabile nei modi corrispondenti). Cfr. subito *infra*, par. 4.1.

<sup>54</sup> In maniera essenzialmente descrittiva, al fine di rappresentare il rapporto tra discrezionalità ed accertamento processuale del giudizio amministrativo, è infatti possibile distinguere (si riprende qui quanto rappresentato in *Potere*, I, cit., pp. 279 ss., 291 ss. e 296 ss.) tra rapporto pretesa-potere di tipo *'statico'*, di tipo *'staticizzato'* e di tipo *'dinamico'*: nel primo la discrezionalità è estranea all'accertamento, e la pretesa ha ad oggetto, conseguentemente, la possibilità normativa del risultato favorevole (l'impostazione della Scuola fiorentina: si veda *supra*, par. 2.1); nel secondo la discrezionalità è oggetto di accertamento, una volta *'spesa'*, e quindi *'staticizzato'* il corrispondente elemento nella fattispecie della situazione giuridica di potere, e corrispondentemente in quella della relativa pretesa; nel terzo si ha la medesima ricostruzione che si riscontra nel secondo, con la differenza che la discrezionalità deve necessariamente esaurirsi in giudizio (la tesi, in particolare, di G. Greco: cfr. *supra*, par. 3.1, nt. 43). Ora, va rilevato come l'elaborazione dottrinale prevalente nell'arco di tali alternative – ed essenzialmente anche il dato normativo, con il riferimento, da parte dell'art. 31, co. 3, c.p.a., all'esaurimento della discrezionalità – propenda o presupponga la seconda rappresentazione, senza tuttavia riuscire a

realtà normativa già effettuale in ragione della sua rilevanza sul piano procedurale, che ha quale conseguenza quella di rendere operativa la norma stessa (e quindi il fatto rispetto alla norma) anche sul piano di rilevanza giuridica della dimensione prettamente sostanziale proprio della situazione giuridica di potere<sup>55</sup>.

#### **4. Il rapporto tra potere amministrativo e processo giurisdizionale (tra ordine procedurale amministrativo e ordine procedurale giurisdizionale)**

La caratterizzazione della funzione, e dei rapporti ad essa afferenti, nel senso rappresentato, comporta che realtà amministrativa e realtà giurisdizionale costituiscano due ordini di funzioni normativamente caratterizzate, entrambe, da una struttura di accertamento, nelle relative declinazioni rappresentate.

In tale prospettiva, vi è quindi un rapporto tra due ordini strutturalmente procedurali; vi sarebbero, cioè, due ordini procedurali differenti, tra loro altrettanto proceduralmente collegati<sup>56</sup>. In questo senso, sul versante procedurale, il

---

fornirle un fondamento giustificativo convincente. Proprio tale profilo è ciò che può trovare riscontro nella nostra ricostruzione, la quale, per tale via, è idonea a conferire valore concettuale ai termini, altrimenti come detto soltanto descrittivi, di rapporto 'staticizzato' e di 'staticizzazione', quali rappresentativi di un rapporto pretesa-obbligo rispetto ad un potere e ad un modello di produzione che si caratterizzano in chiave processuale di accertamento: in particolare, la loro declinazione tecnica è quella che riceve espressione nel senso descritto subito di seguito, nel testo e in nota.

<sup>55</sup>La staticizzazione rappresenta, cioè, l'esito dell'attività, compiuta dall'Amministrazione nel procedimento, attraverso la concreta definizione della regola di preferenza, ovvero dal giudice nel processo giurisdizionale, in ragione dell'attività processuale dell'Amministrazione corrispondente alla concreta definizione della regola di preferenza (su quest'ultimo punto, cfr. *infra*, par. 4.1, nel testo e in nt. 70; ivi anche i relativi riferimenti), che si sostanzia nel contenuto della relativa decisione. Detta attività, in ragione della considerazione normativa già effettuale della regola di preferenza, per come operativa sul piano procedurale, si qualifica come attività di accertamento, e corrispondentemente dichiarativo risulta il contenuto della decisione; la quale, a sua volta, ha la conseguenza di rendere operativa sul piano di rilevanza giuridica della dimensione prettamente sostanziale della situazione giuridica di potere la regola di preferenza la cui rilevanza viene considerata normativamente già effettuale sul piano della dimensione procedurale della situazione stessa.

<sup>56</sup>In generale, va evidenziato come il rapporto tra ordini procedurali non sia un fenomeno sconosciuto nel nostro ordinamento. È possibile, infatti, che vi siano ordini processuali differenti che presentino tra loro un collegamento, più o meno compiuto, l'uno con l'altro. In proposito, si può pensare, ad es., al rapporto tra ordine giurisdizionale nazionale e ordini giurisdizionali europei, rispetto al quale in *Rapporti tra ordinamenti e rilevanza della CEDU nel diritto amministrativo (a margine del problema dell'intangibilità del giudicato)*, in *Dir. proc. amm.*,

rapporto tra ordini presenta una caratterizzazione analoga a quella che, all'interno di uno specifico ordine procedurale, si verifica tra i vari gradi del medesimo ordine: la differenza è che in merito a quest'ultimo, il raccordo si esprime necessariamente in maniera interna e diretta, tale per cui esso è risolto, non potrebbe che essere risolto, in seno all'ordine stesso, che correlativamente si presenta in maniera unitaria; in relazione, invece, al rapporto tra ordini differenti, il raccordo si esprime in diversa maniera, e può esplicarsi in vario modo e secondo varie possibilità (oltretutto non presentarsi sempre in maniera compiuta).

Nello specifico, il rapporto tra ordine procedurale amministrativo e ordine procedurale giurisdizionale assume una generale considerazione procedurale nel senso descritto, la quale si pone però, a sua volta, nei termini del rilievo sostanziale dei rapporti che vengono in questione, idoneo, in quanto tale, a porre in maniera specifica la relazione fra le due funzioni. La funzione giurisdizionale interviene infatti, su ricorso del soggetto interessato, quando la funzione amministrativa è stata esercitata, o è scaduto il termine per la conclusione del relativo procedimento – secondo quanto si deve ritenere esprima l'art. 34, co. 2, prima parte, c.p.a. sul divieto del giudice di pronunciarsi su poteri non esercitati<sup>57</sup> – a fronte dell'asserita inadempienza, da parte della P.A., della situazione giuridica del privato che si rapporta con la situazione di potere oggetto dell'esercizio dell'azione amministrativa. In questo senso, la situazione giuridica del privato, configurata nel senso di una pretesa alla produzione/non produzione dell'effetto, viene ad essere posta ad oggetto del giudizio *nel suo rilievo sostanziale*, ma *mantenendo intatto il suo carattere procedurale*, nel rilievo appunto procedurale del collegamento tra i due ordini.

La caratterizzazione appena ricordata comporta che la declinazione del processo amministrativo, nell'attuazione dei differenti istituti processuali, venga a configurarsi di conseguenza, mantenendo la rilevanza di entrambe le dimensioni, ognuna nei termini che le sono propri.

---

2016, p. 456 ss., si è da noi posto in correlazione il sistema di ordini sovranazionali con quello dei rispettivi ordini giudiziari, e si è sottolineato come le modalità attraverso le quali i differenti ordini giudiziari trovano collegamento possano essere diverse, rappresentando diversi gradi di integrazione tra gli ordini giudiziari stessi (e, conseguentemente, tra i vari ordini sovranazionali).

<sup>57</sup> Sul punto, si veda più nello specifico *infra*, par. 4.2.

In particolare, in senso corrispondente va letta la proposizione della domanda, e il conseguente rapporto, per l'ipotesi in cui sia stato adottato un atto, tra azione di annullamento e azione di condanna ad un *facere*, che gli artt. 30, co. 1, e 34, lett. c), seconda parte, c.p.a. pongono nei termini di necessaria contestualità nel caso di esperimento (anche) della seconda delle due azioni. Esse devono essere considerate in maniera unitaria, e con la prima *strumentale* alla seconda, appunto nel raccordo del piano procedurale a quello sostanziale, per come fondato sulla doverosa attuazione di un comportamento, procedurale anch'esso.

L'azione di annullamento rappresenta infatti, essenzialmente, il mezzo che pone in comunicazione P.A. e giudice amministrativo con riferimento ai rispettivi ordini procedurali, quale idonea a mettere in discussione la realtà fatta propria dall'atto impugnato, e a farne venir meno i relativi effetti<sup>58</sup>. Per tale via, essa si presenta in maniera del tutto strumentale alla condanna; rispetto alla quale, e all'esigenza di tutela di cui si fa nel caso concreto portatrice, gli effetti dell'annullamento devono poter anche essere, se del caso, modulati<sup>59</sup>.

---

58 Più nello specifico, si può evidenziare come l'impianto strutturale codicistico presenti l'azione di annullamento quale mezzo processuale attraverso cui l'atto può essere messo in discussione davanti al giudice amministrativo, al fine di far venir meno gli effetti da esso prodotti (effetti che, si deve ritenere, secondo quanto spiegato in *Potere*, I, cit., p. 496 ss., su cui cfr. anche *infra*, nt. 102, sono sia di carattere *dichiarativo*, rispetto all'accertamento compiuto sull'obbligo di produrre/non produrre l'effetto corrispondente al potere oggetto della decisione – la decisione, ad es., di autorizzare/non autorizzare o di espropriare/non espropriare – sia di carattere *costitutivo* in senso stretto, rispetto alla eventuale produzione dell'effetto stesso – rimanendo all'es., l'effetto di autorizzazione o esproprio). In proposito, il Codice stabilisce infatti che, salvo i casi attinenti al risarcimento del danno, il giudice non possa conoscere della legittimità degli atti che il ricorrente avrebbe dovuto impugnare con l'azione di annullamento (art. 34, co. 2, seconda parte); precisando, a tal fine, come detto nel testo, che l'azione di annullamento debba essere esperita contestualmente a quella di condanna ad un *facere* (art. 30, co. 1, e art. 34, lett. c), ult. parte). In questi termini, senza l'esperimento dell'azione di annullamento non può esservi allora contestazione della decisione e della realtà da essa rappresentata: detta azione svolge così il ruolo di strumento che consente di mettere in discussione la realtà fatta propria dall'atto, e di farne venir meno gli effetti prodotti; come tale, può porsi in senso strumentale alla condanna, nel senso subito di seguito, nel testo e in nota. Sul punto, si veda ampiamente *Potere*, II-1, cit., p. 78 ss.

59 In proposito, va infatti evidenziato come la struttura complessa della domanda di condanna ad un *facere*, con il necessario contestuale esperimento dell'azione di annullamento per il caso in cui un provvedimento sia stato adottato, sia evidentemente mutuata dall'ipotesi, tipizzata dall'art. 34, lett. c), seconda parte, c.p.a., del diniego di provvedimento da emanarsi su istanza di parte. In questa prospettiva, l'articolazione della domanda nello schema annullamento del diniego-

L'azione di condanna ad un *facere* è ciò che, invece, pone i rapporti tra P.A. e giudice amministrativo nel rilievo sostanziale della relativa situazione giuridica, strutturando corrispondentemente l'oggetto del giudizio e i relativi istituti. La situazione di interesse legittimo si è detto essere, infatti, una *pretesa rispetto ad un comportamento doveroso (di carattere precettivo)*, per come rivolto al potere amministrativo, di produzione o non produzione del relativo effetto), la cui lesione è rappresentata, tipicamente, dall'inadempimento rispetto al comportamento stesso. Secondo il generale insegnamento processualistico, in tale ipotesi la tutela è al-

---

condanna-adozione del provvedimento richiesto risponde alle logiche proprie di tale tipologia di fattispecie, ove l'annullamento dell'atto ha lo scopo di eliminare l'accertamento prodotto dal provvedimento (nella nostra impostazione, un effetto dichiarativo, corrispondente ad un vero e proprio effetto di accertamento, come detto alla nota precedente), non essendovi, a fronte di un atto di diniego, alcun effetto costitutivo in senso stretto da far venir meno. Nel momento in cui, però, ci si pone al di fuori dell'ipotesi tipizzata dal legislatore, ben potrebbe aversi una situazione giuridica di pretesa alla produzione di un determinato effetto rimasta insoddisfatta non semplicemente per la mancata produzione dell'effetto auspicato (si badi, non necessariamente anche richiesto, potendo essersi al cospetto di un provvedimento da emanarsi d'ufficio), ma per la produzione, al suo posto, di un effetto differente. L'annullamento dell'atto, in questo caso, non avrebbe unicamente la conseguenza di far venir meno la realtà accertata dal provvedimento (l'obbligo di non produrre l'effetto auspicato e di produrre altro effetto), ma eliminerebbe anche l'effetto costitutivo in senso proprio che dall'atto stesso è scaturito. Nell'ipotesi descritta, però, non può escludersi che il privato non riceva alcun vantaggio dalla rimozione dell'effetto costitutivo prima dell'emanazione del provvedimento voluto, e che, anzi, il suo interesse materiale si ponga in contrasto con tale evenienza: il venir meno dell'effetto rispetto al quale si lamenta la lesione, in altri termini, potrebbe non risultare soddisfacente se non quando sia stato in concreto prodotto l'effetto auspicato al suo posto.

La giurisprudenza, intuendo il problema, ha elaborato, a partire da Cons. St., sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755, il principio della *modulazione degli effetti caducatori dell'annullamento*. Tuttavia, se, in quella sentenza, la modulazione rispondeva allo schema da noi appena descritto (sia pure nella strumentalità all'effetto conformativo della sentenza, e non ad un'azione di condanna, con evidenti criticità rispetto al principio della domanda), la giurisprudenza successiva si è invece caratterizzata per l'utilizzo del medesimo principio non in maniera strumentale alla pretesa sostanziale posta ad oggetto del giudizio del ricorrente (o, comunque, considerato che l'oggetto del processo rimangono, nella realtà giurisprudenziale, ancora i motivi di ricorsi, all'interesse sostanziale del ricorrente sotteso all'annullamento), quanto piuttosto alla tutela di altri interessi, quali quelli generali dell'Amministrazione o di mitigazione delle conseguenze pregiudizievoli per i controinteressati (cfr. ad es. Cons. St., sez. III, 16 febbraio 2021, n. 1409; TAR Sicilia, Catania, sez. I, 3 aprile 2019, n. 963; nonché, in un'ottica nomopoietica di carattere generale, declinando in tal senso i poteri di cui all'art. 99 c.p.a. sul deferimento all'Adunanza plenaria, Cons. St., ad. plen., 9 novembre 2021, nn. 17-18; 22 dicembre 2017, n. 13).

Ora, a nostro avviso, in assenza di un'espressa disciplina legislativa che, nell'ipotesi di adozione di un provvedimento amministrativo, ponga l'azione di condanna ad un *facere* al di fuori delle

lora quella di condanna (ad un *facere* o ad un *non facere*, a seconda che l'interesse sia pretensivo o oppositivo), quale rivolta ad accertare la situazione soggettiva in base al quale è dovuto il comportamento in questione, e ad ordinare alla parte inadempiente di tenerlo<sup>60</sup>.

Non è quindi la condanna ad un *facere* a costituire un mero accessorio, per le ipotesi residuali di attività completamente vincolata, rispetto all'azione di annullamento, con quest'ultima che verrebbe ancora ad esprimere, nei termini precedentemente ricordati, dei singoli motivi di ricorso, l'oggetto del processo ammi-

---

logiche istanza-mero diniego dell'effetto richiesto-annullamento del diniego-condanna all'adozione dell'atto, consentendo di modulare sull'interesse del ricorrente il venir meno dell'effetto costitutivo dell'atto (cfr. subito *infra*, nt. 62), l'utilizzo in via pretoria di un principio di modulazione degli effetti caducatori dell'annullamento può reputarsi condivisibile. Tuttavia, va anche aggiunto, la sua applicazione deve rimanere effettivamente all'interno dell'esigenza che si è appena rappresentata; detto principio deve, cioè, risultare in ogni caso funzionale ad una statuizione di condanna dedotta in giudizio, tramite proposizione della relativa domanda, a tutela della pretesa sostanziale che si assume lesa. In questo senso, la modulazione degli effetti caducatori andrebbe dunque considerata espressione di un principio generale, volto, appunto, a rapportare la caducazione dell'atto alla situazione giuridica oggetto del giudizio, di cui si chiede tutela.

Sul punto, cfr. ampiamente *Potere*, II-1, cit., p. 92 ss.

60 La dottrina processualistica più recente individua infatti la forma di tutela di condanna nella circostanza che il fatto anti-giuridico sia costituito da un comportamento difforme da quello prescritto come doveroso da una norma di condotta: il comportamento lesivo si collega, quindi, ad una prestazione che si afferma essere dovuta, e che invece è rimasta inadempita. In questo senso, l'oggetto del giudizio di condanna è rappresentato dalla situazione giuridica soggettiva in base alla quale è doverosa l'assunzione di un comportamento: si veda, in particolare, A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012, p. 412 ss. In proposito, per approfondimenti, *Potere*, I, cit., p. 117 ss.; *L'azione di condanna ad un facere. Riflessioni sul processo amministrativo fondato sulla pluralità delle azioni*, in A. CARBONE, E. ZAMPETTI (a cura di), *Concetti tradizionali del diritto amministrativo e loro evoluzione*, Napoli, 2018, p. 79 ss. (anche in *Dir. proc. amm.*, 2018).

Ora, la situazione giuridica del soggetto che si confronta con il potere amministrativo è stata descritta, con riferimento al suo interesse a rilievo sostanziale, nel senso di una pretesa in senso tecnico alla produzione o alla non produzione della situazione effettuale di cui il potere è espressione; l'interesse materiale, sotteso alla situazione giuridica, si pone quindi in relazione con il comportamento procedurale corrispondente all'esercizio del potere (con la produzione della situazione effettuale), in senso positivo o negativo rispetto al suo compimento. In questo quadro, l'azione di condanna ad un *facere* risulta dunque idonea ad improntare, in via generale, l'oggetto del processo amministrativo sulla situazione giuridica del soggetto che si confronta con l'esercizio del potere, rispetto alla quale si lamenta un comportamento contrario a quello normativamente doveroso. Si tratterà, nello specifico, di una condanna ad un *facere* in positivo, in caso di interesse legittimo pretensivo; e di una condanna ad un *non facere*, in caso di interesse legittimo oppositivo.

nistrativo<sup>61</sup>. Al contrario, l'oggetto del giudizio è espresso dall'azione di condanna, che riveste dunque rilievo centrale; mentre l'azione di annullamento ricopre, rispetto ad essa, un ruolo strumentale, determinato dalla necessità di porre in discussione l'atto (e così mettere in comunicazione i due ordini procedurali corrispondenti): in questo senso, le due azioni vanno considerate quali espressioni di una domanda unitaria, che ha il suo fulcro nella condanna<sup>62</sup>.

La situazione giuridica a rilievo sostanziale, in ragione del suo carattere procedurale, viene così, nei termini riportati, e in ragione di quanto si è spiegato, ad

---

Si veda *Potere*, II-1, cit., pp. 83 ss.

Poiché, peraltro, la tutela è collegata al fatto antiggiuridico tipicamente espresso, e non alla conformazione della situazione giuridica in sé considerata, quanto detto non esclude che, in taluni casi, la tutela debba avvenire attraverso un'azione di mero accertamento (ammissibile in ragione del principio di atipicità dell'azione, che, seppur in chiave residuale nell'ambito di una disciplina codicistica fondata su una pluralità di azioni normativamente regolamentate, deve trovare applicazione anche nel processo amministrativo: cfr. Cons. St., ad. plen., 29 luglio 2011, n. 15). In disparte l'accertamento a fini risarcitori, di cui all'art. 34, co. 3, c.p.a., che deve considerarsi meramente strumentale ad una successiva azione di condanna (l'accertamento ha rilievo solo ai fini del successivo accertamento della pretesa risarcitoria), ciò si verifica, essenzialmente, in tutti quei casi in cui viene a mancare l'interesse/vengono meno i presupposti a che il comportamento doveroso sia tenuto dall'Amministrazione, e sia presente un interesse, quale ad es. quello morale, idoneo a (continuare a) sorreggere l'accertamento della situazione giuridica a rilievo sostanziale del privato: in tali ipotesi, essendosi al cospetto di un bisogno di tutela del soggetto consistente nella (sola) risoluzione di uno stato pregiudizievole di contrasto circa l'esistenza o l'inesistenza di una situazione giuridica, la tutela sarà di mero accertamento. Sul punto, cfr. ampiamente *Potere*, II-1, cit., p. 114 ss.

<sup>61</sup> Secondo quanto riferito *supra*, par. 1.1, nel testo e in nota, questa è ancora la considerazione che si dà dell'oggetto del processo amministrativo, per come incentrato sull'azione di annullamento. In questa prospettiva, l'azione di condanna ad un *facere* viene dunque a svolgere un ruolo del tutto marginale, nel senso che il giudice intanto potrebbe pronunciarsi sulla condanna in quanto all'esito del procedimento, e quale conseguenza della relativa contestazione attraverso l'impugnazione dell'atto (se un atto è stato adottato), tutti gli elementi siano già stati accertati e la decisione sia già interamente definita, mancando unicamente il provvedimento formale: la condanna ad un *facere* finisce per rappresentare così, è evidente, una mera conseguenza dell'accoglimento dell'azione di annullamento. Per i relativi riferimenti si rimanda a *Potere*, I, cit., p. 332 ss.; *L'azione di condanna ad un facere*, cit., p. 133 ss.

<sup>62</sup> Sul punto, cfr. ampiamente *Potere*, II-1, cit., pp. 78 ss., 83 ss. e 86 ss. Peraltro, si è avuto modo in proposito di rilevare (ivi, p. 97, nt. 117) come nulla vieterebbe di strutturare, direttamente in via normativa da parte del legislatore, le corrispondenti azioni in maniera integrata e unitaria, così riconducendo l'impugnazione dell'atto, e le sue conseguenze, alla disciplina di un'unica azione. Si vuol dire, cioè, che *de iure condendo* si potrebbero prevedere espressamente, all'interno della complessiva considerazione dell'azione quale strutturalmente rivolta alla tutela della situazione giuridica posta ad oggetto del giudizio, le conseguenze

essere posta ad oggetto del giudizio, nella sua consistenza di pretesa alla produzione/non produzione dell'effetto<sup>63</sup>.

#### 4.1 Specificazioni in ordine al rapporto tra potere amministrativo discrezionale e processo giurisdizionale

La presenza di discrezionalità amministrativa (più precisamente, di discrezionalità *non esaurita*) non si pone in contrasto con tale rappresentazione.

La discrezionalità, che può caratterizzare la situazione di potere sotto il profilo teleologico della sua definizione, si inserisce infatti, come già spiegato, in una corrispondente caratterizzazione procedurale. Essa, pur mantenendo intatta la sua dimensione sostanziale, viene quindi a porsi, nel rapporto con il processo giurisdizionale, quale *limite processuale all'accertamento giudiziale* di una situazione in sé già effettuale. Più precisamente, essa viene ad essere considerata, appunto sotto il profilo procedurale, un limite alla cognizione del giudice su quegli

---

dell'impugnazione del provvedimento eventualmente adottato, in ordine al superamento del vincolo sulla realtà da esso accertata (l'obbligo di produrre/non produrre l'effetto precettivo) e del venir meno del suo (eventuale) effetto costitutivo, in maniera funzionale alla condanna ad un *facere*. In questo modo, si supererebbero le relative questioni sul punto, in quanto: a) verrebbe espressamente disciplinato il ruolo dell'impugnazione nella sua effettiva funzione all'interno della tutela di condanna, capovolgendosi così un approccio (affermatosi come maggioritario proprio grazie alle discrasie dell'attuale declinazione strutturale codicistica) che vede le logiche della seconda subordinate ed accessorie rispetto a quelle della prima; b) l'azione di condanna continuerebbe comunque, alla stessa maniera di come avviene attualmente, a seguire il termine decadenziale proprio dell'azione di annullamento, qualora venga in questione l'impugnazione di un provvedimento, evitandosi così possibili elusioni; c) verrebbero ad essere specificati in via normativa gli effetti che la sentenza sarebbe idonea a produrre sul provvedimento già adottato dalla P.A. in relazione alla domanda della parte, a cui la valutazione del giudice deve fare riferimento (il venir meno della realtà accertata dall'atto e, se necessaria, la modulazione dell'eliminazione di quello costitutivo a quest'ultimo riferibile).

<sup>63</sup> Allo stesso modo, conformemente, cioè, alla configurazione della situazione giuridica posta ad oggetto del giudizio, deve essere anche rappresentata la declinazione dei vari istituti processuali, con riferimento ai presupposti processuali (legittimazione, interesse a ricorrere), ai profili oggettivi (situazioni ricomprese nell'oggetto del giudizio) e soggettivi (le parti del giudizio), e alla dinamica processuale (ricorso principale e incidentale, difese, mezzi di prova, ecc.). Per una siffatta analisi si veda *Potere*, II-1, cit., pp. 37 ss. e 145 ss. (cfr. anche II, *Considerazioni conclusive*, p. 517 ss., nt. 25). Si veda in ogni caso anche *infra*, al par. successivo, in ordine alla declinazione del processo in rapporto alla specifica considerazione della discrezionalità.

elementi della fattispecie della situazione oggetto della domanda giudiziale che abbiano carattere discrezionale; non invece un limite all'ammissibilità di una domanda sulla pretesa alla produzione/non produzione dell'effetto, che in sé, in ragione del medesimo profilo, non verrebbe in questione.

L'oggetto del giudizio è quindi *comunque* la pretesa a rilievo sostanziale, ma il giudice non può sostituirsi all'Amministrazione nell'accertamento della fattispecie corrispondente alla definizione della discrezionalità non esaurita. In ciò deve considerarsi esprimersi la clausola di cui all'art. 31, co. 3, c.p.a., secondo cui il giudice amministrativo può pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità<sup>64</sup>. In ciò, soprattutto, si spiega la consistenza del carattere proprio della discrezionalità amministrativa, nel mantenere intatta la sua dimensione sostanziale (la scelta deputata all'Amministrazione nella definizione della regola di preferenza discrezionale), ma inserendola nella rilevanza procedurale che caratterizza, al medesimo tempo, il potere discrezionale.

Tali considerazioni comportano una serie di conseguenze.

a) In primo luogo, il sindacato giudiziale, rispetto alla decisione amministrativa discrezionale, si pone in corrispondenza del carattere appena indicato, per come correlato alla considerazione della decisione stessa, e rivolto alla definizione, in termini positivi o negativi, della pretesa sostanziale del ricorrente, oggetto del giudizio.

Il sindacato giudiziale non può, quindi, in ragione del rilievo *sostanziale* della discrezionalità amministrativa, ammettere che la relativa scelta, non compiuta o comunque non esaurita, possa essere svolta dal giudice.

In questo modo, sulla scelta discrezionale, si declina un sindacato *confutatorio*, non invece *sostitutorio*, come per gli aspetti vincolati della decisione. Detto sindacato, rispetto alla considerazione della pretesa del ricorrente, può infatti por-

---

<sup>64</sup>In questo senso, va quindi evidenziato come non possa stabilirsi a priori se il limite della discrezionalità non esaurita, di cui all'art. 31, co. 3, c.p.a., faccia riferimento all'ammissibilità o al merito della domanda (con un'inversione che cercherebbe di ricavare il dato sostanziale da quello processuale); la definizione, nell'uno o nell'altro senso, deriva invece dai caratteri che si attribuiscono alla situazione giuridica posta ad oggetto della condanna ad un *facere*. In questo senso, rispetto alla nostra ricostruzione, essa si viene a rapportare al merito dell'accertamento. Sul punto, cfr. *Potere*, I, cit., p. 338 ss.

tare ad un'automatica rideterminazione della regola discrezionale solo qualora la sua definizione sia stata effettuata, e si mantenga intatta a seguito della contestazione, non risultando vinta in concreto, con riferimento ai profili e agli elementi adottati dalle parti, l'eshaustività che è propria in astratto della decisione<sup>65</sup>. Nel caso contrario, qualora, cioè, a seguito della confutazione, risultino ulteriori margini di valutazione non precedentemente svolti, la discrezionalità non può considerarsi completamente esaurita, e l'accertamento del giudice non può corrispondentemente andare a coprire l'intera situazione di pretesa sostanziale del ricorrente: se

---

<sup>65</sup> Si veda ampiamente *Potere*, I, cit., p. 507 ss.; II-1, ct., pp. 196 e 217 ss.

Sul punto, va evidenziato come la circostanza che la decisione si presuma in sé esauritiva rispetto al suo oggetto significhi, in quanto tale, soltanto che la dichiarazione della sussistenza o insussistenza della situazione giuridica è prefigurata dalla legge come compiuta sulla base della ricognizione di ogni elemento che, alla stregua della norma giuridica che prevede l'effetto giuridico azionato, ha rilevanza in ordine alla sua sussistenza. La presunzione, sotto questo profilo, non soltanto può essere vinta in concreto, ma si esplica in sé sotto un mero profilo logico-abstracto, nel senso che non comporta, in sé, che sussista necessariamente un onere dell'autorità procedente di ricercare tutti i fatti, né un onere dell'autorità decidente di decidere su tutti i fatti. Vi può essere un obbligo in tal senso, il quale può essere, ma può anche non essere, sanzionato con l'illegittimità dell'atto (in sé, qualora, cioè, ovviamente, non influisca sul contenuto della decisione, ché, altrimenti, l'illegittimità deriverebbe da tale profilo; si pensi alle questioni assorbite). Vi possono essere, del resto, questioni che, quale loro natura, non possono essere prese in considerazione, in ragione dell'accoglimento/rigetto di un'altra questione (assorbimento in senso proprio).

La circostanza, quindi, che l'accertamento è prefigurato dalla legge come compiuto sulla base della ricognizione di ogni elemento rilevante non vale a creare un vincolo sul concreto atteggiarsi dell'*iter* decisorio. Tale aspetto, tuttavia, non va ad intaccare l'eshaustività della decisione, in quanto il relativo profilo si rivolge alla determinazione nella sua astratta considerazione, non all'*iter* decisorio svolto. È nella correlazione dei due aspetti che, pur invero negandone il rilievo, è incorso, a nostro avviso, l'equivoco di quella dottrina che ha rivelato i caratteri dell'eshaustività della decisione, correlandovi, tuttavia, una preclusione che non potrebbe ricevere in tal modo fondamento (la tesi di M. Trimarchi, da noi esaminata compiutamente in *Potere*, I, cit., p. 358 ss.; per quanto qui interessa, essa sarà ripresa *infra*, par. 4.2, nel testo e in nota).

La tenuta dell'eshaustività della decisione dipende, a sua volta, dalla tenuta di quest'ultima: nel momento in cui la decisione può essere contestata, e venga effettivamente contestata, oppure possa anche semplicemente esservi una nuova decisione sullo stesso oggetto (logica dell'abrogazione, ovvero eccezione rispetto al vincolo), allora il riferimento all'eshaustività non ha ragion d'essere. L'eshaustività può rimanere comunque intatta in ordine alle parti di decisione non contestate, se rispetto ad esse si presuppone l'esplicazione di un vincolo di carattere identico rispetto alla decisione finale, ma interno rispetto ad essa (è ciò su cui si basa il giudicato interno). Nella prospettiva descritta, l'eshaustività è quindi carattere che riguarda la decisione, compiuta o parziale, e che viene meno con la contestazione della decisione stessa. Essa è, quindi, semplicemente, proiezione sul piano della decisione del carattere di exhaustività proprio

così non fosse, la scelta discrezionale sarebbe demandata al giudice, e non all'Amministrazione<sup>66</sup>.

La considerazione *procedurale* della discrezionalità, e il suo conseguente rilievo quale limite cognitorio all'accertamento giudiziale, comporta però a sua volta, come già avvertito, che, anche nell'evenienza negativa rispetto alla rideterminabilità della scelta, il limite in questione *possa essere superato in via processuale*. Il profilo procedurale comporta, cioè, l'*esauribilità della discrezionalità in giudizio* da parte dell'Amministrazione, nei modi e nei termini, corrispondentemente *pro-*

---

dell'accertamento come contenuto dell'atto, nei casi in cui sia previsto un modello procedurale di accertamento. La decisione potrebbe poi essere contestata sulla base di qualsiasi aspetto, se rispetto ad essa non sussiste un vincolo, ovvero se si rimane all'interno dei vincoli entro i quali può essere contestata.

L'aspetto considerato assume peraltro specifico rilievo in una particolare circostanza, cioè qualora, rispetto ad una nuova decisione con lo stesso oggetto, sussista un limite alla cognizione diretta, da parte del nuovo organo decidente, su di essa. Il limite cognitorio a cui ci si riferisce è quello di carattere astratto, non concreto (come invece nell'ipotesi di decisione parziale non contestata, secondo quanto appena spiegato). Il limite cognitorio astratto può a sua volta riguardare due profili: un profilo esterno ovvero un profilo interno. Il profilo esterno attiene all'estensione della verifica (ad es., una decisione parziale non contestabile, il divieto di addurre nuovi elementi in secondo grado, ecc.), e non desta particolari problemi: semplicemente, la presunzione di esaustività rimane intatta in relazione a quei determinati profili (il contenuto della decisione parziale, l'insussistenza di quegli elementi, ecc.).

Il profilo interno è invece più complesso, e concerne, essenzialmente, un limite cognitorio all'accertamento che non riguarda l'estensione dell'attività di verifica, ma il suo esplicarsi. In particolare, il riferimento potrebbe essere rivolto alla non necessità di ulteriori accertamenti di fatto, ove l'organo decidente conosce in questi limiti dell'oggetto del giudizio; ovvero alla discrezionalità dell'organo precedente non esaurita, ove, del pari, l'organo decidente deve rapportare in quest'ultimo senso la propria cognizione sull'oggetto del giudizio. La prima ipotesi può riscontrarsi in ordine al giudizio di cassazione, qualora si acceda alla tesi che esso abbia comunque ad oggetto la/e stessa/e situazione/i giuridica/he oggetto del grado di giudizio precedente, e non invece i motivi ricorso: secondo una particolare impostazione, infatti, interpretandosi l'art. 384 c.p.c., sui casi di decisione di merito della Corte di cassazione, non come norma residuale, bensì come fondamento del sistema, si è ritenuto, essenzialmente, che la Suprema Corte sia comunque giudice del merito, con il solo limite dell'impossibilità di autonoma acquisizione del fatto, con la conseguenza, tra l'altro, che il limite stesso andrebbe interpretato restrittivamente, in termini analoghi a quelli che seguono (è questa l'impostazione di M. BOVE, *La Corte di cassazione come giudice di terza istanza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 947 ss.; ID., *La decisione nel merito della Corte di cassazione dopo la riforma*, in *Il giust. proc. civ.*, 2007, p. 765 ss.). La seconda ipotesi è quella del giudizio di condanna ad un *facere* davanti al giudice amministrativo nei termini da noi proposti; che dunque, in questo senso, si pone in maniera analoga all'alternativa espressa in ordine alla situazione oggetto del grado di giudizio precedente quale oggetto del giudizio in cassazione, sostituendo il grado precedente con l'ordine procedurale

*cessuali*, che la normativa codicistica mette a disposizione.

Se, infatti, la consistenza della discrezionalità, e della situazione di pretesa ad essa correlata, si pone nel senso procedurale descritto, non è dato ravvisare alcuna obiezione in senso contrario.

In primo luogo, non potrebbero essere sollevati rilievi sotto il profilo sostanziale, in ordine all'effettiva attualità di una situazione siffatta (di una pretesa, cioè, all'utilità finale)<sup>67</sup>. Appunto perché la regola di preferenza discrezionale si considera normativamente già effettuale sul piano procedurale, si determina, come si è avuto modo di spiegare, l'attualità della corrispondente situazione giuridi-

---

amministrativo, e il fatto non acquisito con la discrezionalità non esaurita (e nel rilievo comunque non unicamente procedurale, ma nel medesimo tempo anche sostanziale, nel rapporto tra ordine amministrativo e ordine giurisdizionale; con conseguenza sulla tutela nelle forme della condanna ad un *facere*, delle parti del giudizio, ecc.). Per approfondimenti cfr. *Potere*, II, *Considerazioni conclusive*, cit., p. 524 ss., nel testo e in nota.

In tali ipotesi, l'organo decidente non ha cognizione diretta sul profilo inerente al limite, ma la contestazione si potrebbe rivolgere ad un profilo che coinvolge quel limite: violazione di una norma procedurale che lo contempla; violazione di una norma che regola il giudizio su di esso (a seconda della tipologia di limite: erronea verifica della sussistenza del fatto; erronea definizione del criterio di preferenza, sia o meno connessa ad un'erronea verifica sulla sussistenza di un fatto ad essa inerente); mancata contemplazione di un elemento ad esso inerente (a seconda della tipologia di limite: un elemento di fatto; un profilo di preferenza, sia esso o meno connesso ad un elemento di fatto non contemplato). Inoltre, a seguito di una censura, potrebbe essere necessario procedere ad un'ulteriore attività in ordine al profilo in questione (ancora, a seconda dei casi e della tipologia di limite: acquisizione di ulteriori fatti; nuova valutazione sulla sussistenza di un fatto, sia stato o meno detto fatto precedentemente considerato; nuova definizione del criterio di preferenza sulla base di un determinato profilo, si basi o meno su un fatto precedentemente considerato).

In questo scenario, il limite interno alla cognizione diretta da parte del giudice fa sì che la presunzione di esaustività rimanga intatta nei termini seguenti. Preliminarmente, si deve considerare come l'eshaustività non possa esplicarsi, o comunque non possa rimanere intatta, se la definizione del profilo di cui l'organo decidente non ha cognizione diretta non sia proprio avvenuta: quindi, se la decisione è mancata, ovvero se vi è stata una decisione pregiudiziale, preliminare o comunque espressamente assorbente. In secondo luogo, si deve valutare cosa accade nell'ipotesi in cui vi sia stata la definizione del profilo in questione: ed infatti, a fronte di una censura che, in ragione dell'affermazione della sussistenza della situazione giuridica oggetto del giudizio, faccia valere, in vario modo, l'erroneità del precedente giudizio, la rideterminazione della regola di preferenza (o dell'accertamento del fatto, qualora fosse questo il limite cognitorio, come si è detto avvenire nel giudizio per cassazione, ma non in quello davanti al giudice amministrativo), all'interno dell'eshaustività della decisione, potrà avvenire nei termini dell'esplicazione di un sindacato confutatorio, secondo quanto detto nel testo, e specificato subito di seguito, alla nota successiva.

ca soggettiva, oggetto del giudizio.

Allo stesso modo, non potrebbero esprimersi obiezioni sotto il profilo di un presunto esercizio del potere in giudizio. Queste andrebbero, infatti, comunque escluse, giacché, rispetto alla situazione giuridica (già effettuale) di pretesa sostanziale, oggetto dell'accertamento giudiziale, si sarebbe al cospetto del mero svolgimento di *difese processuali*, le quali devono poter essere effettuate in ragione del diritto, costituzionalmente garantito, di difesa in giudizio<sup>68</sup>. Non verrebbe invece in conto, in tale prospettiva, il riesercizio del potere sostanziale, che, anzi,

---

<sup>68</sup>La non sostituzione dell'Amministrazione in ordine alla discrezionalità non esaurita è così garantita, come detto nel testo (sul punto, cfr. ampiamente *Potere*, I, cit., p. 326 ss.; II-1, cit., pp. 196 ss. e 217 ss.), dal rivolgersi, il sindacato giudiziale attinente alla regola discrezionale, ad un modello di tipo confutatorio, nell'ambito del quale la regola di preferenza posta dall'Amministrazione viene ritenuta corretta da parte del giudice qualora il ricorrente non sia riuscito a dimostrare il contrario attraverso apposita confutazione (sul punto, si veda in generale F. FOLLIERI, *La logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, Padova, 2017, p. 442 ss., spec. p. 528 ss., ed ivi anche i relativi riferimenti).

La confutazione garantisce, in primo luogo, che una definizione della scelta discrezionale vi sia stata, dovendo ad essa necessariamente rivolgersi. Nello specifico, poi, la confutazione può avvenire su due piani. Il primo è quello strutturale, e concerne le regole procedurali di azione amministrativa, quali idonee ad influire, nella loro esplicazione, sul contenuto della decisione (in particolare, l'insufficienza dell'istruttoria, ecc.); la relativa violazione, se inserita all'interno del giudizio avente ad oggetto la situazione giuridica di pretesa del privato (per quanto è possibile: si veda, sui vizi procedurali che concernono il contraddittorio, quanto si dirà *infra* par. 5, ed ivi anche i rimandi a *Potere*, II-2, cit.; *Il contraddittorio procedimentale*, cit., ove tali profili sono stati approfonditi), consente di rapportare la violazione stessa alla verifica della sussistenza della situazione giuridica. Il secondo piano è quello del contenuto della decisione, e consiste, essenzialmente, nella proposizione e dimostrazione di un'asserzione incompatibile, sotto il profilo sostanziale, con la correttezza della regola di preferenza affermata dall'Amministrazione.

Ora, tanto considerato, si deve rilevare come, in via generale, la confutazione sia idonea ad essere diretta, oltre appunto a confutare la tesi contro cui è rivolta, anche ad affermare una differente tesi, rispetto alla quale l'enunciato confutatorio, non ammesso dalla tesi oggetto di censura, risulta invece ammesso dalla, e può essere quindi portato a giustificazione della, tesi che si intende proporre. Può dunque prospettarsi il seguente scenario. La confutazione del ricorrente, per come rivolta al piano strutturale (si è detto del riferimento ad un'istruttoria erronea o manchevole), non consente di fare riferimento ad una differente regola di preferenza senza necessariamente presupporre una previa considerazione di profili ed elementi ulteriori, estranei alla precedente determinazione appunto in ragione della violazione; in questo senso, afferendo la confutazione al profilo della definizione della scelta discrezionale, non è consentito al giudice di accedere alla sua ridefinizione, opponendovisi il limite (normativamente considerato di carattere cognitorio) proprio della discrezionalità non esaurita. La confutazione del ricorrente, per come rivolta invece al contenuto del giudizio, non impedisce l'automatica rideterminazione di una

non si ritiene proprio poter rilevare se funzionalizzato alla difesa processuale della decisione amministrativa adottata, pena la sovrapposizione di due differenti funzioni che su detta decisione possono intervenire (quella di secondo grado amministrativa e quella giurisdizionale)<sup>69</sup>.

Rispetto all'esercizio del potere, si aggiunge, neppure potrebbero farsi valere riserve in ordine ad *una eventuale lesione della dimensione sostanziale della discrezionalità amministrativa*, a causa del suo esaurimento in via processuale. Ferma la consistenza procedurale della discrezionalità, che ne consente l'esaurimento

---

differente regola di preferenza, favorevole al ricorrente stesso, da individuarsi in una regola idonea a sorreggere l'affermazione della situazione giuridica contenuta nella domanda. In questo senso, il carattere di esaustività proprio della decisione, per come si viene a rapportare alla scelta discrezionale (si veda la nota precedente), è ciò che consente alla regola di preferenza, nell'ipotesi appena descritta, di poter essere automaticamente rideterminata nel senso (quantomeno implicitamente) ipotizzato; il giudice, ad ogni modo, può reputare di escludere la rideterminazione in favore del ricorrente in considerazione del rapporto della/e confutazione/i accolta/e con gli ulteriori eventuali enunciati, presenti nel discorso giustificativo di cui alla motivazione della decisione, che non siano stati censurati o di cui non è stata accolta la confutazione; in tale prospettiva, le argomentazioni portate dalle parti in proposito, quali rivolte a confutare o a difendere, in tutto o in parte, il discorso giustificativo, rappresentano il piano su cui si svolge il sindacato del giudice. Lo scenario appena rappresentato, va peraltro aggiunto, non viene in considerazione qualora ci si ponga al di fuori del limite proprio dell'esaurimento della discrezionalità: in questo senso, se le argomentazioni prospettate dalle parti comportano valutazioni da effettuarsi su profili ed elementi correlati ad ulteriori margini di scelta discrezionale, potenzialmente influenti sul contenuto della decisione contestata, allora l'astratto carattere dell'eshaustività della decisione risulta comunque vinto in concreto; conseguentemente, la discrezionalità non potrà considerarsi esaurita, e sarà necessaria, in proposito, una nuova valutazione dell'Amministrazione per potersi pervenire all'accertamento giudiziale, secondo quanto spiegato alla nota precedente.

<sup>67</sup> Questa, come visto *supra*, nt. 43, l'obiezione che L. Ferrara muove alla tesi di G. Greco, sulla pretesa all'utilità finale, per cui la pretesa rispetto al bene finale non sarebbe esistente, in caso di potere discrezionale, fin quando la scelta discrezionale non è compiuta (e rimanga intatta); potendo concernere quindi, la pretesa verso la P.A., in sé solo la *possibilità* (la *chance* legale, come visto) di ottenere detto bene. Nella prospettiva indicata, la scissione fra piano procedurale e piano prettamente sostanziale, con l'operatività della regola discrezionale già nell'uno ma non nell'altro, è ciò che invece consente, nella nostra impostazione, di superare tale obiezione, di inattualità della regola discrezionale (e della corrispondente pretesa rispetto all'utilità finale), senza negare che la scelta discrezionale rimane in capo all'Amministrazione, mantenendo così intatto il suo rilievo sostanziale.

<sup>68</sup> In proposito, va rilevato come la questione, concernente la possibilità o meno, per l'Amministrazione, di addurre elementi ulteriori rispetto a quelli esplicitati nella motivazione dell'atto, si è posta, solitamente, nei termini dell'*integrazione della motivazione dell'atto in*

in giudizio, il mantenimento della sua rilevanza sostanziale verrebbe, infatti, comunque assicurato nel momento in cui si ritiene, come a nostro avviso si deve ritenere, che la scelta discrezionale debba essere, in ogni caso, non meramente indicata in memoria dalla difesa erariale, ma contenuta in un documento proveniente dall'Amministrazione a detta scelta deputata; il quale documento, però, proprio in ragione del carattere procedurale in cui la struttura della funzione si colloca, assumerebbe appunto carattere procedurale, di integrazione dell'allegazione processuale, con relativo deposito in giudizio, e corrispondenti difese pro-

---

*giudizio.* L'integrazione della motivazione, a sua volta, è stata poi correlata ad un giudizio c.d. 'di spettanza', un giudizio, cioè, in via generale non avente ad oggetto la mera impugnazione di un provvedimento, ma esteso alla pretesa sostanziale del ricorrente. In tale prospettiva, a fronte di una posizione che ammetterebbe detta 'integrazione', di cui si ha riscontro soprattutto in dottrina, l'impostazione maggioritaria, soprattutto in giurisprudenza, si pone in senso negativo, o comunque in termini fortemente limitativi sul punto. Uno dei profili di maggiore problematicità, in proposito, è proprio quello concernente la spendita della discrezionalità in giudizio, atteso che, in molte posizioni, se non si sollevano problemi in ordine alla possibilità di far valere elementi vincolati, si esclude invece la possibilità di spendita della discrezionalità, in quanto attinente questa, si assume, necessariamente al potere sostanziale, che non potrebbe esercitarsi nel processo.

I profili indicati, considerati nel modo anzidetto, appaiono tuttavia del tutto generici e, come tali, forieri di fraintendimenti. A tal proposito, a fronte di posizioni certamente avvedute dei corretti termini della questione, è dato ravvisare una generale incertezza sul punto, con conseguente incongruità delle relative conclusioni. Valga in proposito quanto segue (per una più ampia ricostruzione della problematica, e per i relativi riferimenti, si rimanda ad ogni modo a *Potere*, II-1, cit., p. 202 ss., nel testo e in nota, spec. ntt. 316 e 323; II-2, cit., p. 392 ss., nel testo e in nota, spec. nt. 183, e p. 467 ss., nel testo e in nota).

In primo luogo, la considerazione dell'integrazione di un elemento dell'atto parrebbe sottendere, in sé, un riferimento all'esercizio del potere sostanziale. Questo, peraltro, qualora un atto sia stato adottato, non potrebbe consistere, a ben vedere, nel riesercizio del potere originario, atteso che l'effetto ad esso relativo è stato prodotto ed è operativo; esso atterrebbe invece all'esercizio di un potere di secondo grado (conferma, convalida, ecc.), come tale autonomo e differente dal primo. In ogni caso, l'adozione di un nuovo atto di esercizio del potere, concretandosi, se non soddisfacente, in una nuova impugnazione, non si pone, in sé, al di fuori delle logiche del giudizio di impugnazione, ma anzi espressamente le ribadisce (vi è solo una correlazione funzionale tra atti, attuabile tramite motivi aggiunti); ciò varrebbe, si aggiunge, per tutti i casi in cui, pur ponendocisi in relazione con il processo, si sia di fronte all'esercizio di un potere sostanziale (come, ad es., se lo si considera tale, attraverso il *remand*, di cui dubbio, peraltro, appare l'ancoraggio normativo). In questi termini, il problema non è allora comunque quello dell'esercizio del potere *in giudizio*, ma dell'esercizio del potere *durante il giudizio*, ammesso da taluni e negato o limitato da altri.

In secondo luogo, la genericità del riferimento all'integrazione della motivazione ha finito per includere, seppur in maniera tecnicamente non corretta, anche la possibilità di addurre elementi

cessuali nel contraddittorio con le altre parti<sup>70</sup>.

La denuncia delle riferite (presunte) criticità non coglierebbe, dunque, nel segno. L'esaurimento della discrezionalità può allora avvenire in via processuale, determinandosi, per tale via, la 'staticizzazione' della situazione giuridica nel corso del processo giurisdizionale<sup>71</sup>.

b) In secondo luogo, e con questo ci si ricongiunge all'affermazione iniziale, l'oggetto della dichiarazione giudiziale, in relazione all'attività discrezionale, per i motivi spiegati, segue la medesima caratterizzazione appena rappresentata.

---

ulteriori in giudizio, per il caso in cui, cioè, la pretesa sostanziale del privato risulti oggetto del giudizio. In tal caso, però, è evidente, non verrebbe in conto nessun esercizio di potere sostanziale (e nessuna integrazione della motivazione dell'atto): semplicemente, l'Amministrazione difenderebbe in giudizio, con mezzi processuali, la decisione da essa assunta (la produzione/non produzione dell'effetto/di un effetto invece di un altro). E poiché, in tale ipotesi, oggetto dell'accertamento è l'intera situazione di pretesa che viene in rapporto con la situazione di potere, l'allegazione potrà riguardare tutti gli elementi concernenti la relativa fattispecie (che non ampliano l'oggetto dell'*accertamento*, appuntato sulla situazione giuridica, ma solo la *cognizione* del giudice in ordine a quest'ultima). Se così non fosse, vi sarebbe, infatti, una lesione del diritto di difesa, costituzionalmente garantito: cfr., in proposito, S. MENCHINI, *Potere sostanziale e sistema delle tutele*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, p. 850 ss. (e in C. CUDIA (a cura di), *L'oggetto del giudizio amministrativo visto dal basso. Gli istituti processuali in evoluzione*, Torino, 2020, p. 253 ss.)

Ora, la situazione giuridica del privato nei confronti del potere amministrativo è stata da noi ricostruita, nei termini che si sono riferiti, quale pretesa all'utilità finale (alla produzione/non produzione dell'effetto), ascrivendosi così, alla sua fattispecie, anche gli elementi discrezionali afferenti al potere stesso, nei termini pure spiegati. Una volta posta, detta situazione, ad oggetto del giudizio, nei modi anzidetti, le allegazioni potranno allora riguardare tutti gli elementi (vincolati e discrezionali) ad essa relativi, *senza che per tale via si faccia riferimento all'esercizio di alcun potere sostanziale*.

Il problema, che pure si solleva, per l'ipotesi di potere discrezionale, finisce allora per concernere non tanto il potere sostanziale, in sé considerato, cioè la produzione del relativo effetto, quanto piuttosto il *rilievo sostanziale dell'attribuzione della discrezionalità all'Amministrazione*. La questione attiene dunque, per tale via, soltanto alla necessità di non obliterare il piano di rilevanza sostanziale che, pure nella nostra ricostruzione, si mantiene intatto all'interno della considerazione procedurale della discrezionalità amministrativa: cfr. subito di seguito, nel testo e alla nt. 70.

69 Più in particolare, va evidenziato come, nel momento in cui la realtà procedurale di riferimento è quella giudiziale, la P.A. debba far valere tali elementi con i mezzi processuali a sua disposizione (incluso il ricorso incidentale, come consentito dall'art. 42 c.p.a.), e comunque in maniera strumentale al suo ruolo di parte nel giudizio. Corrispondentemente, *non potrebbero venire in rilievo, a tal proposito, i poteri, e la funzione, di secondo grado* (su di essa, cfr. *infra*, par. 6), perché andrebbero a sovrapporsi al ruolo procedurale che l'Amministrazione assume quale parte del

L'oggetto dell'accertamento è infatti, come detto, comunque la situazione giuridica di pretesa alla produzione/non produzione dell'effetto. Soltanto, questa potrebbe, in ragione del rilievo della sua dimensione sostanziale rispetto al limite cognitorio di carattere procedurale proprio della discrezionalità, essere accertata in maniera *parziale*, qualora la discrezionalità non sia stata esaurita<sup>72</sup>.

L'accertamento cade quindi in ogni caso sulla pretesa sostanziale, siccome considerata rispetto alla discrezionalità residua (la pretesa alla produzione/non

---

processo giurisdizionale.

Nel rapporto tra due ordini di secondo grado, quello amministrativo e quello giurisdizionale, la funzione di ordine sostanziale di secondo grado non potrebbe, infatti, essere funzionalizzata all'esplicazione di quella giurisdizionale (si pensi, in questo senso, alla convalida dell'atto a giudizio in corso, che poi andrebbe impugnata), pena, appunto, la sovrapposizione fra le due funzioni, entrambe intervenienti in seconda battuta sulla decisione adottata. Si determina così, rispetto allo svolgimento del processo giurisdizionale, una prevalenza di quest'ultimo, per il valore ordinamentale ad esso conferito nel controllo della funzione amministrativa. Ne consegue che, una volta adito l'ordine procedurale giurisdizionale, si devono seguire, rispetto alla sua esplicazione, le logiche di tale ordine.

La situazione si presenta in maniera differente qualora dalla riferita qualità di parte si esuli, ricercandosi direttamente il perseguimento e l'attuazione di uno specifico assetto sostanziale, differente da quello eventualmente posto in essere col provvedimento, o comunque non sia possibile accedere all'accertamento giurisdizionale della situazione a rilievo sostanziale (perché la funzione è stata obliterata: su tale profilo, si veda *infra*): in tali ipotesi, deve, infatti, necessariamente venire in rilievo l'esercizio del potere sostanziale.

Sui profili descritti, cfr. *Potere*, II-1, cit., p. 219 ss., nel testo e alla nt. 335; II-2, cit., p. 467 ss.; nonché *Considerazioni generali sui poteri amministrativi di secondo grado*, in *Federalismi.it*, 19/2025, p. 37 ss.

<sup>70</sup> In particolare, si deve ritenere, alla luce di quanto spiegato, che il c.d. esaurimento della discrezionalità in giudizio (la staticizzazione della regola di preferenza nel corso del processo giurisdizionale) debba avvenire attraverso l'integrazione di un'*allegazione*, da parte dell'Amministrazione, avente ad oggetto la definizione della regola di preferenza discrezionale, spontaneamente o su richiesta istruttoria di *chiarimenti* da parte del giudice, rispetto alla quale si può porre il sindacato giudiziale, nei termini già ricordati. L'allegazione, in questo senso, si verrebbe cioè ad esplicare attraverso una rappresentazione del fatto rapportata alla realtà staticizzata dei profili discrezionali di cui si discute, per come essenzialmente contenuta in un *documento* di carattere istruttorio, che si accompagna, a seconda dei casi, alla memoria difensiva o al ricorso incidentale con cui si fa valere da parte della P.A. la relativa difesa, ovvero che risponde alla richiesta di chiarimenti effettuata dal giudice, d'ufficio o su istanza delle altre parti. L'allegazione in questione è espressione di un potere processuale, la cui fattispecie è però strutturata nel senso che la definizione del valore provenga, come detto nel testo, dal soggetto a cui l'ordinamento conferisce il relativo margine di valutazione nella determinazione del criterio di preferenza discrezionale, espletandosi nel rispetto delle particolari modalità sostanziali che

produzione dell'effetto, al netto dell'eventuale discrezionalità non esaurita)<sup>73</sup>.

L'esecuzione della portata precettiva della sentenza, del pari, deve rapportarsi a tale situazione. Essa può avvenire, di conseguenza, in ordine ad una situazione compiutamente accertata<sup>74</sup>; oppure, eventualmente, in relazione ad una situazione parzialmente accertata, ove l'attività successiva, proceduralmente di accertamento, assume comunque, sotto il profilo prettamente sostanziale, rispetto ad una situazione in sé quindi parzialmente 'staticizzata', valenza esecutiva<sup>75</sup>.

---

risultino a ciò strumentali. Il documento, in ragione del suo valore processuale, *non ha necessità di essere impugnato*; deve essere invece *depositato* in giudizio dalla P.A., e potrà essere contestato dalle altre parti con memoria (con evidenti vantaggi, anche sul versante pratico, rispetto all'impugnazione dell'atto). In tale contesto, l'esplicazione del contraddittorio viene così peraltro ad usufruire delle forme (più pregnanti) del processo giurisdizionale, le quali possono ascrivere direttamente, integrandole a sé, quelle procedurali.

Vi sarebbe dunque l'esercizio, nei termini rappresentati, di un potere processuale, ammissibile, da un lato, in ragione della duplicità dimensionale che caratterizza la situazione giuridica oggetto del giudizio, e, dall'altro, per essere inserita, l'Amministrazione, all'interno del processo, ove detto accertamento è effettuato, nella qualità di parte. Tali aspetti legittimerebbero la determinazione del valore per come considerata non all'interno di un procedimento volto a pervenire ad una decisione in ordine all'attuazione del valore stesso, in senso dichiarativo e (d eventualmente) costitutivo, attraverso l'esercizio del potere sostanziale, ma quale attività che viene in considerazione, all'interno della realtà giudiziale, quale direttamente e strutturalmente strumentale all'accertamento giurisdizionale, senza che venga in questione, in tal senso, la produzione di un effetto sostanziale di attuazione del valore. Nella maniera descritta, nel corso del processo, considerandosi già operativa la regola di preferenza discrezionale, la sua definizione in concreto corrisponde infatti, sul piano parimenti procedurale, ad un accertamento rispetto ad essa, che tuttavia necessita, per poter essere effettuato, del superamento del limite (considerato, sempre sul piano procedurale, di carattere cognitorio) della discrezionalità non esaurita, che avviene appunto attraverso l'attività processuale dell'Amministrazione. Il mantenimento dell'integrità della dimensione sostanziale della scelta discrezionale, per come posta in chiave procedurale, viene quindi assicurato, per tale via, da un lato, sotto un profilo generale, dal non potersi comunque il giudice sostituire alla P.A. nella definizione della scelta; dall'altro, più nello specifico, dalla necessità che l'integrazione della fattispecie dell'esercizio del potere di allegazione sia strutturata nel senso che la definizione del valore provenga dal soggetto a cui l'ordinamento conferisce il relativo margine di valutazione nella determinazione del criterio di preferenza, espletandosi nel rispetto delle particolari modalità sostanziali che risultino a ciò strumentali, e poi confluendo in un documento, che assume appunto valore processuale quale integrativo in questo senso dell'allegazione, e che come tale deve essere fatto valere nel processo.

Sul punto, cfr. ampiamente *Potere*, II-1, cit., p. 209 ss., nel testo e in nota, spec. nt. 326, e p. 212 ss., spec. p. 219 ss., nel testo e alla nt. 334. Per un'intuizione di tale profilo, si veda anche G. TACCOGNA, *Giusto processo amministrativo e integrazione della motivazione dell'atto*

#### 4.2 Negazione di eventuali obiezioni in ordine ad una (presunta) sovrapposizione tra giudice e Amministrazione

La ricostruzione da noi proposta non crea in alcun modo una sovrapposizione tra giudice e Amministrazione.

Ora, si è detto come, nella rappresentazione effettuata, la funzione giurisdizionale e la funzione amministrativa, da un punto di vista strutturale di carattere generale, si pongano nei medesimi termini, quali funzioni volte all'accertamento

---

*impugnato*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, p. 696 ss., il quale, nell'ammettere differenti modalità di allegazioni difensive, ritiene che, qualora l'elemento che viene in questione sia vincolato, la relativa allegazione possa provenire anche dalla difesa della P.A. o del controinteressato, mentre, se l'elemento è discrezionale, allora la sua allegazione debba necessariamente provenire dall'organo competente alla decisione, attraverso un atto che assumerebbe valore processuale, e la cui contestazione avverrebbe con memoria.

71 Sul concetto di staticizzazione, *supra*, par. 3.1, nel testo e alle ntt. 54-55.

72 Ciò, a nostro avviso, potrebbe avvenire, essenzialmente, soltanto nell'ipotesi in cui il giudice scelga di non provocare in via istruttoria l'esaurimento della discrezionalità, reputandolo eccessivamente gravoso; ovvero in ragione della limitazione in questo senso, da parte dello stesso ricorrente, della domanda esperita (senza che intervenga, da parte delle altre parti, un'estensione dell'oggetto del giudizio all'intera pretesa sostanziale). Sul punto, cfr. *Potere*, cit., II-1, cit., pp. 196 ss. e 224 ss.

73 L'accertamento parziale non va infatti comunque riferito a singoli fatti o questioni, ma, al pari di quanto si deve ritenere avvenire nel diritto processuale generale, alla situazione giuridica, rimodulata nei termini della relativa considerazione parziale – e quindi, nel caso di specie, alla staticizzazione della relativa regola discrezionale – così da coprire il dedotto e il deducibile rispetto ad essa (profili vincolati e profili afferenti alla discrezionalità esaurita, dedotti o deducibili); ciò che viene escluso è soltanto la discrezionalità residua. L'accertamento ha dunque ad oggetto, come detto nel testo, la sussistenza della pretesa alla produzione dell'effetto/non produzione dell'effetto, al netto della eventuale discrezionalità non esaurita (quindi, la sussistenza della situazione di pretesa, nei limiti in cui essa risulti confermata dall'accertamento sulla ulteriore parte della fattispecie con contestuale staticizzazione del suo elemento 'elastico', riferito alla scelta discrezionale residua). Sul punto, cfr. *Potere*, II-1, cit., pp. 138 ss. e 234 ss.

74 L'esecuzione giudiziale rispetto alla sentenza di condanna alla produzione/non produzione di un effetto corrisponde infatti, in ogni caso, e salvo sopravvenienze rilevanti che superino la portata precettiva della sentenza, alla produzione dell'effetto dovuto/nella rimozione dell'effetto vietato, con dichiarazione di nullità degli atti difformi che violano/eludono il giudicato. Ciò a prescindere dal motivo su cui l'atto si fonda, che è oggetto di *cognizione*, non di *accertamento* giudiziale: quest'ultimo cade invece sulla situazione giuridica, e, rispetto alla dichiarazione della sua sussistenza/insussistenza, sono preclusi tutti gli elementi, dedotti o deducibili, che possono condurre a porsi in senso difforme. Cfr. *Potere*, II-1, cit., p. 243 ss.

75 Nello specifico, in ordine ad una condanna *parziale* dovuta al mancato esaurimento della discrezionalità, la duplicità dimensionale propria della situazione giuridica di pretesa fa sì che

della sussistenza/insussistenza di una situazione giuridica, oggetto del procedimento, che si conclude con una decisione avente un effetto precettivo, di natura dichiarativa, o anche costitutiva.

Le differenze, sotto il profilo normativo, sono le seguenti. In primo luogo, il modello processuale proprio della funzione giurisdizionale si caratterizza necessariamente in chiave prettamente garantistica, sotto il profilo strutturale e funzionale, in ragione della relativa garanzia costituzionale e di diritto europeo, ai sensi del combinato disposto degli artt. 24, 100, 101 ss. e 111 Cost., e degli artt. 6 CEDU e 47 CDFUE<sup>76</sup>. In secondo luogo, l'ordine procedurale giurisdizionale, nell'espressione ordinamentale che si ha in via generale, e che è dato ritrovare, nella sua specifica declinazione, all'interno del disposto dell'art. 34, co. 2, prima parte, c.p.a., può intervenire, su ricorso del soggetto che assume lesa la propria situazione, soltanto nel momento in cui la funzione amministrativa sia stata esercitata<sup>77</sup>. Infine, la partecipazione della struttura soggettiva amministrativa alla determinazione del valore nell'attuazione dell'ordinamento attraverso l'esercizio del potere, il conferimento normativo, cioè, di discrezionalità all'Amministrazione,

---

l'attività amministrativa successiva alla sentenza costituisca espressione, da un lato, *sotto il profilo procedurale*, di un accertamento ulteriore sulla situazione giuridica, e dall'altro, *sotto quello sostanziale*, di un'attività di esecuzione rispetto alla dimensione prettamente sostanzialistica della situazione stessa, per come appunto parzialmente accertata. L'accertamento successivo in sede amministrativa, considerato sotto il profilo procedurale, con la (ulteriore) staticizzazione dell'elemento elastico della fattispecie che esso porta con sé, viene quindi a coincidere con l'attuazione della situazione giuridica parzialmente accertata, quale considerata nella sua dimensione prettamente sostanziale: questa corrisponderebbe, infatti, alla pretesa al corretto esercizio della discrezionalità *residua* (all'attuazione della possibilità normativamente residua del risultato favorevole), e può fare riferimento, rientrandosi all'interno del potere esercitato (cfr. par. successivo), alla spendita di detta discrezionalità, quale modalità della propria attuazione. In ogni caso, per l'esecuzione coattiva, si andrebbe dunque davanti al giudice dell'ottemperanza: non perché esso, quindi, continui a rappresentare un giudizio misto di cognizione ed esecuzione (il che va escluso, alla luce delle disposizioni codicistiche, che lo qualificano come giudizio prettamente esecutivo); ma perché l'attività di accertamento successiva nient'altro rappresenterebbe se non la caratterizzazione, sul piano di rilevanza procedurale della situazione di pretesa accertata, di ciò che, su quello prettamente sostanziale, corrisponde all'esecuzione della sentenza. Cfr. *Potere*, II-1, cit., p. 251 ss.

<sup>76</sup>Per approfondimenti sul modello prettamente garantistico, e in sé e nella necessaria applicazione al processo giurisdizionale, cfr. *Potere*, I, cit., p. 102 ss.; II-2, cit., p. 288 ss.

<sup>77</sup>In proposito, oltre a quanto si dirà subito di seguito, nel testo, si veda, ampiamente, *Potere*, I, cit., p. 328 ss.

pur ponendosi, in sé, in chiave procedurale, conserva intatta la dimensione sostanziale a tale definizione riferibile: il giudice amministrativo non è attributario della medesima partecipazione, e non può quindi sostituire la regola di preferenza propria della scelta discrezionale, ancorché si declini, la relativa attribuzione, quale limite processuale all'accertamento, e in tali termini possa trovare espressione nel riferimento alla discrezionalità esaurita di cui all'art. 31, co. 3, c.p.a.<sup>78</sup>.

Nella prospettiva descritta, l'interpretazione, che viene conferita in ordine alle disposizioni normative appena richiamate, verrebbe quindi a definire la funzione amministrativa, per come considerata, in ordine al sistema, nei rapporti tra ordine procedurale amministrativo e ordine procedurale giurisdizionale.

Specifico rilievo, a tal fine, assume la relazione tra le due norme codicistiche di cui si è appena fatta menzione. L'interpretazione da noi fornita, in proposito, è quella per cui tali norme non interferiscono l'una con l'altra. L'art. 34, co. 2, prima parte, c.p.a. non inerisce, in altri termini, all'esercizio della discrezionalità amministrativa, e non si pone, come tale, in correlazione con l'art. 31, co. 3, c.p.a., che all'esaurimento della discrezionalità fa invece riferimento. Il significato dell'art. 34, co. 2, prima parte, va ricavato da una sua lettura in combinazione con la norma che disciplina l'ambito della funzione giurisdizionale amministrativa, rappresentata dall'art. 7 c.p.a. Quest'ultima delinea, infatti, l'ambito della cognizione del giudice amministrativo, facendo, nello specifico, riferimento alle controversie concernenti l'esercizio (l'adozione di un provvedimento), o il mancato esercizio nei termini (il silenzio-inadempimento), del potere amministrativo: in questo modo, essa viene a definire corrispondentemente il concetto positivo di potere esercitato<sup>79</sup>. Non rileva invece se, rispetto ad un effetto precettivo, sulla cui produzione o non produzione si appunta l'interesse sostanziale del singolo che riceve rilevanza giuridica, non sia stata svolta, in generale, una determinata fase procedimentale, o non sia stata compiutamente definita una scelta discrezionale: la funzione, in sé considerata, è stata comunque esercitata<sup>80</sup>; mentre l'art. 31, co.

---

<sup>78</sup> Secondo quanto rappresentato ai paragrafi precedenti. Per approfondimenti, *Potere*, I, cit., pp. 338 ss. e 450 ss.; II-1, cit., p. 185 ss.

<sup>79</sup> Si veda ancora, ampiamente, *Potere*, I, cit., p. 328 ss.

<sup>80</sup> Vi possono essere delle ipotesi in cui, in effetti, il potere risulti solo 'parzialmente' esercitato, ma queste non corrispondono alle alternative rappresentate nel testo. Le ipotesi in questione hanno infatti in comune la circostanza che in sé non si rivolgono al mancato espletamento di una o

3, rapporta soltanto la dimensione sostanziale della discrezionalità al piano procedurale corrispondente, ponendola come limite cognitorio all'accertamento.

La funzione giurisdizionale interviene dunque quando quella amministrativa è stata svolta, o è scaduto il termine normativamente previsto per il suo svolgimento. La conoscibilità della regola discrezionale *non partecipa di tale valutazione*, e si pone nei termini del suo rilievo procedurale: come tale, non è consentito al giudice di effettuare la relativa scelta al posto dell'Amministrazione, *ma risulta possibile l'esaurimento delle diverse alternative in giudizio*, nei modi e nei termini corrispondenti al carattere procedurale della discrezionalità (attraverso cioè, come detto, l'esercizio dei relativi strumenti processuali).

Nella nostra impostazione, non è quindi necessario, per poter accedere ad una spendita della discrezionalità in giudizio, fare ricorso ad un presunto esaurimento del potere, che avverrebbe una volta che esso è stato esercitato, come invece proposto da una particolare dottrina, che ha fatto leva, a tal fine, sulla struttura

---

più fasi del procedimento, o di particolari adempimenti procedimentali, ma concernono invece una limitazione strutturale nella generale possibilità di riferimento, da parte della realtà procedurale (perché le norme formali sulla produzione pongono limitazioni, o costruiscono in modo particolare il relativo procedimento, anche in ragione della correlazione tra le diverse situazioni di potere in esso ricomprese), alla situazione giuridica compiutamente considerata in relazione alla funzione; per cui, come conseguenza, vi sarebbe appunto una limitazione alla considerazione del potere come esercitato, ancorché sia intervenuta una decisione che della relativa situazione accerti la sussistenza o insussistenza. In questo senso, possono venire in questione i casi in cui all'autorità amministrativa non è in generale consentito, nello svolgimento del procedimento, l'accertamento, in ordine alla produzione di un possibile effetto, di tutti gli elementi del fatto costitutivo, o di tutti i profili di valutazione ad essi inerenti, anche in considerazione di tutti i fatti o profili normativamente previsti come tra loro alternativi (si pensi, ad es., ai procedimenti ad istanza di parte, rispetto ai quali l'istanza deve contenere l'indicazione del fatto costitutivo in base al quale il provvedimento è richiesto, non essendo compito dell'Amministrazione integrarla in questo senso, e non rilevando la possibilità di soccorrere l'istante sollecitandone l'integrazione, che avverrebbe comunque da parte dello stesso istante). Si possono poi considerare, del pari, le ipotesi in cui all'interno di una procedura ove si debba valutare la produzione di uno tra più effetti in comparazione tra loro, intervenga preliminarmente una decisione in cui la P.A. valuti negativamente la produzione di un effetto, escludendolo dal possibile contenuto del provvedimento finale, senza essere ancora pervenuta alla decisione relativa a quale degli effetti produrre; in tale evenienza, il potere, anche con riferimento alla situazione corrispondente all'effetto già escluso, non potrebbe dirsi compiutamente esercitato sin quando non intervenga la decisione finale (o il silenzio-inadempimento in ordine ad essa) concernente tutte le situazioni proceduralmente coinvolte, in ragione della loro correlazione (sin quando, cioè, il potere non possa dirsi esercitato anche rispetto alle altre situazioni). Sul punto, cfr. *Potere*, II-1, cit., pp. 141-142.

normativa della funzione amministrativa, e sulla sua conseguente esplicazione in una decisione corrispondentemente motivata<sup>81</sup>. Per questa differente tesi, l'esercizio della funzione determinerebbe, infatti, una preclusione in ordine al potere, o, quantomeno, in ordine alla stessa funzione, facendosi evidentemente coincidere, in tal modo, il *proprium* della funzione amministrativa con la discrezionalità (più esattamente, con la decisione, considerata tuttavia a sua volta quale espressione unicamente della scelta discrezionale)<sup>82</sup>. La discrezionalità, in tale prospettiva, si esaurirebbe esaurendosi l'esercizio procedimentale dell'azione, creando corrispon-

---

81 È la tesi di M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, cit., spec. p. 229 ss., secondo cui l'esercizio del potere, in termini positivi o negativi (produzione o decisione di non produrre il relativo effetto), produrrebbe una preclusione al riesercizio della situazione giuridica di potere in questione da parte della P.A. in ragione della struttura normativa del potere amministrativo. La disciplina relativa al suo esercizio prevede, infatti, un procedimento che porta ad una decisione, la quale deve essere corredata da una motivazione, alla decisione stessa collegata. Come tale, la motivazione viene intesa come discorso giustificativo della decisione, il quale, secondo l'A., proprio in ragione di tale carattere, non consisterebbe nell'esternazione dei motivi che hanno indotto l'Amministrazione ad adottare un determinato atto, ma nell'esternazione di quelli che, a suo dire, sono i presupposti e le ragioni – quindi, tutti i possibili presupposti e le possibili ragioni – della decisione entro il contesto normativo e fattuale in cui essa è concretamente assunta. La preclusione consisterebbe allora in ciò, che, a seguito dell'annullamento dell'atto, l'Amministrazione non potrebbe riadottarlo (produrre il medesimo effetto precettivo, ovvero rifiutarsi nuovamente di produrlo) sulla base di ragioni non previamente espresse (salvo, ovviamente, l'intervento di sopravvenienze rilevanti). Inoltre, e ciò che qui più interessa, anche in caso di potere discrezionale, il suo esercizio determinerebbe in ogni caso l'esaurimento della discrezionalità, e quindi comporterebbe l'ammissibilità, nel caso concreto, dell'azione di adempimento ai sensi dell'art. 31, co. 3, c.p.a. (si badi che, secondo Trimarchi, in tale scenario, rimarrebbe comunque ferma la possibilità per tutte le parti, inclusa l'Amministrazione, di allegare anche elementi ulteriori nel relativo giudizio, al fine di dimostrare la fondatezza o infondatezza dell'azione stessa, una volta ammessa; ciò in quanto verrebbe in questione, in tal modo, non il riesercizio del potere, ma soltanto il proprio diritto di difesa processuale). Per approfondimenti, si rimanda *Potere*, I, cit., p. 358 ss., ove la tesi in questione è stata compiutamente esaminata.

82 Nello specifico, secondo quanto espresso da M. TRIMARCHI in *Decisioni amministrative e situazioni giuridiche soggettive*, cit., p. 127 ss., il procedimento non sarebbe il luogo del potere, ma il luogo della funzione, che si manifesta attraverso una decisione. Quest'ultima viene però considerata dall'A. espressione di un'attività di scelta discrezionale, che forma la regola di preferenza, all'esito della quale è possibile produrre l'effetto (siamo quindi all'interno di modello procedurale considerato in chiave determinativa). In questo senso, l'esaurimento (non del potere, che pure viene postulato ne *L'inesauribilità*, loc. ult. cit., come visto alla nota precedente, quanto piuttosto) della *funzione*, determina a sua volta, nel pensiero di Trimarchi, la decadenza dalla determinazione della decisione; determina, cioè, volendo riprendere la distinzione prospettata sempre *supra*, nt. 51, il passaggio della regola discrezionale, da un modello procedurale di tipo

dentemente una preclusione sostanziale non tanto all'esercizio del potere (che pure, invero, dalla conclusione dell'azione viene fatta conseguire), quanto alla insostituibilità del giudice alla scelta discrezionale, che verrebbe quindi ammessa una volta verificatasi la preclusione<sup>83</sup>.

Per tale via, tuttavia, si conferisce un rilievo massimo alla scelta discrezionale prima dell'esercizio del potere, e sostanzialmente nullo dopo, potendo la stessa essere sostituita dal giudice. Più nello specifico, può dirsi che, delle due alternative che, nella descritta chiave di lettura, vengono presupposte al fine di regolare il rapporto tra amministrazione e giurisdizione, l'una nel senso di attribuire al giu-

---

determinativo, ad un modello di accertamento. Sul punto cfr. subito di seguito, nel testo e alla nota successiva.

83 Di fatto, secondo Trimarchi, l'esercizio del potere determina l'operatività della regola di preferenza discrezionale ancorché non ancora o compiutamente definita; elimina, cioè, il carattere discrezionale della scelta, che può essere quindi inclusa nell'attività di accertamento del giudice (cfr. la nota precedente). Evidenti sono i punti di contatto con la nostra tesi, così come altrettanto evidenti sono le differenze. Rispetto alla prospettiva dell'A., in effetti, a noi sembra più ragionevole ritenere che: l'operatività della regola di preferenza esiste in sé, e si giustifica su base procedurale; l'esercizio della funzione fa solo accedere al sindacato giurisdizionale; la presunta preclusione non crea quindi alcunché, cosicché da essa può del tutto prescindere; la spendita della discrezionalità in giudizio, con mezzi processuali – che, si badi bene, anche Trimarchi ammette senza problemi da parte della P.A. – non deriverebbe dalla 'trasformazione' della norma discrezionale in regola vincolata, a seguito dell'esercizio del potere, ma sarebbe conseguenza del carattere procedurale della discrezionalità; di conseguenza, sussiste comunque, rispetto al giudice, il limite, tuttavia procedurale, della discrezionalità non esaurita, superabile però, in quanto appunto procedurale, nel corso del processo. Opinare diversamente, come spiegato subito di seguito nel testo, porta al risultato, difficilmente condivisibile, che la scelta discrezionale, massimamente protetta prima dell'esercizio del potere, non lo è più dopo (quindi, di fatto, non lo sarebbe mai, considerato che il giudice amministrativo può conoscere solo di poteri esercitati). Tale contraddizione, peraltro, non è portata alle sue estreme conseguenze dallo stesso Trimarchi, che afferma che il giudice non può sostituirsi all'Amministrazione laddove sia stato adottato un provvedimento in forma semplificata, ovvero vi sia necessità di un'ulteriore attività istruttoria, cosicché la 'trasformazione' della norma discrezionale in regola vincolata è evitata se si ravvisa una delle necessità indicate. Sussistono, quindi, limiti all'esaurimento della discrezionalità corrispondenti al superamento in concreto dell'astratta considerazione della decisione siccome esaustiva. Ciò però a noi pare dimostrare, ancora una volta, la correttezza della nostra impostazione: non vi è, cioè, un esaurimento della discrezionalità, ma semplicemente la decisione, in quanto tale, si presume in astratto esaustiva rispetto al proprio oggetto, sin tanto che non è dimostrato, e nei limiti in cui possa essere dimostrato, il contrario, e che quindi l'eshaustività è sovvertita in concreto. Se così è, però, devono valere anche le ulteriori conseguenze che da ciò derivano, per come riprese subito di seguito, nel testo.

dice la piena sostituibilità su ogni aspetto della decisione amministrativa, l'altra nel conformare il potere amministrativo in modo che lo stesso si esaurisca prima del giudizio, si opta per la seconda, ma di fatto si finisce per ricadere nella prima, nel momento in cui, quando il potere è esercitato (cioè in sé potenzialmente sempre, non potendo altrimenti accedersi al sindacato giurisdizionale), la preclusione consente al giudice di sostituirsi alla scelta discrezionale dell'Amministrazione.

Invero, l'utilizzo in questo senso della preclusione non risulta come tale accoglibile, né, del resto, si presenta in sé necessario. Ciò da cui l'impostazione rappresentata muove è infatti, nella sostanza, l'esigenza di assicurare che, per la via indicata, il giudice non si fermi ad una scelta discrezionale scorrettamente effettuata per ritenere che la discrezionalità non sia esaurita in concreto. Tale esigenza è senza dubbio condivisibile, ma non può fondarsi su una preclusione che scaturirebbe dal riferimento alla struttura normativa della funzione, e alla conseguente esplicitazione della decisione, giacché detto riferimento non giustifica, in sé, l'esistenza di alcuna conseguenza preclusiva. Semplicemente, deve dirsi che la decisione, in quanto tale, si presume in astratto esaustiva rispetto al proprio oggetto, nei termini già considerati rispetto alla sua contestazione.

Ora, il carattere dell'esaustività è in sé comunque sufficiente a garantire l'esigenza rappresentata in ordine al sindacato del giudice. Ciò vale però, a sua volta, nei termini in cui detto carattere si esplica, e, quindi, sin tanto che non sia proposta, nella contestazione della relativa decisione, una censura da cui risulti dimostrato il contrario, in ragione della considerazione di profili ed elementi correlati ad ulteriori margini di scelta discrezionale<sup>84</sup>. Se, dunque, la dimostrazione in questione viene fornita, l'esaustività è sovvertita in concreto, e la scelta, che man-

---

<sup>84</sup> Si è detto, infatti, *supra*, par. 4.1, nt. 65, come la circostanza che la decisione si presume in sé esaustiva rispetto al suo oggetto significhi soltanto che la dichiarazione della sussistenza o insussistenza della situazione giuridica è prefigurata dalla legge come compiuta sulla base della ricognizione di ogni elemento che, alla stregua della norma giuridica che prevede l'effetto giuridico azionato, ha rilevanza in ordine alla sua sussistenza. La presunzione, sotto questo profilo, non soltanto può essere vinta in concreto, ma si esplica in sé sotto un mero profilo logico- astratto, nel senso che non vi è, in sé, necessariamente un onere dell'autorità precedente di ricercare tutti i fatti, né un onere dell'autorità decidente di decidere su tutti i fatti a pena di decadenza; essa riveste, ad ogni modo, particolare rilievo in presenza di un limite cognitorio di carattere astratto, quale quello delle discrezionalità non esaurita, nella rideterminazione della regola a seguito della sua contestazione. In proposito, cfr. quanto rappresentato ancora *supra*, par. 4.1, *ivi*, e diffusamente nel testo e alla nt. 66.

ca o è incompleta, non può essere effettuata dal giudice, mancando il dato normativo ad essa corrispondente: la protezione normativa dell'interesse, a fronte di un potere discrezionale, garantisce infatti una pretesa alla produzione/non produzione del relativo effetto solo in relazione al carattere procedurale della relativa situazione, non anche l'operatività della definizione della regola discrezionale rispetto alla dimensione prettamente sostanziale della situazione stessa, nei termini che si sono indicati<sup>85-86</sup>.

---

85 Del resto, può aggiungersi, la dottrina in esame non è essa stessa rigida nella previsione della sostituibilità del giudice. Come infatti evidenziato sopra, in nota, per la tesi in questione, nell'ipotesi in cui sia necessaria una nuova istruttoria, il giudice dovrebbe necessariamente arrestarsi rispetto alla condanna dell'Amministrazione all'adozione del provvedimento. Del pari, in caso di provvedimento in forma semplificata, la non esaustività della decisione si verrebbe di fatto a ricavare dal tenore di questo tipo di provvedimento, impedendo l'esaurimento della funzione. Inoltre, su un piano differente, viene comunque consentito, alla stessa Amministrazione, di allegare elementi ulteriori in giudizio, quale esercizio del suo diritto di difesa. Ora, ferme le precisazioni che da parte nostra si è avuto modo di effettuare su tali punti nella sede in cui tale tesi è stata compiutamente esaminata (*Potere*, I, cit., p. 358 ss.), è evidente che, per la via appena rappresentata, le due impostazioni, la nostra e quella di cui si sta discorrendo, potrebbero, quantomeno in parte, ricongiungersi nei loro risultati. In tal modo, però, a nostro avviso dimostrando appunto la non necessità di ricorrere ad una presunta preclusione sostanziale; e l'esigenza di considerare, corrispondentemente, non esaurita (ma esauribile in giudizio) la staticizzazione della regola discrezionale rispetto alla quale, nei termini riferiti, si determini la necessità di (ri)definizione.

86 Non ci si sofferma poi, in via generale, sulla maggiore coerenza, e sui vantaggi, di un'impostazione che prescindia da una *preclusione sostanziale*, rispetto ad una che vi faccia invece riferimento, la quale finisce inevitabilmente per presentare problematiche in ordine alla parità delle parti (di tutte le parti, inclusi i controinteressati) rispetto alla preclusione stessa, nonché all'individuazione dell'effettiva direzione della conseguenza preclusiva (a tutto voler concedere, infatti, la preclusione è pensata in relazione alla mera negazione di produzione di un singolo effetto; nel momento in cui vi è la possibilità di produrre una pluralità di effetti, soprattutto per l'ipotesi in cui debba intervenire una scelta discrezionale, la questione si complica). Si è, infatti, già avuto modo in altra sede di stigmatizzare il ricorso, al fine di ottenere l'esaurimento del potere amministrativo, a preclusioni di ordine sostanziale, in quanto il loro esito risulta eccessivamente rigido, e non tiene necessariamente in conto le esigenze dei controinteressati; tant'è che le differenti tesi che si sono registrate sul punto ricorrono spesso a temperamenti e correttivi, di modo da evitare conclusioni non aderenti a quella che è l'effettiva declinazione della controversia tra le parti in ordine all'esercizio del potere (inclusa quella di Trimarchi, decisamente avvertita di tali profili, ove la preclusione è da tale A. concepita in maniera peculiare, ed anzi, come detto nel testo, l'impostazione stessa finisce per meglio attagliarsi ad un contesto che prescindia, in realtà, dalla presenza di un'effettiva preclusione).

## 5. Rilievo delle situazioni prettamente procedurali nella struttura normativa della funzione

La situazione giuridica di potere, che in via generale è stata qualificata come modalità deontica di un atto precettivo, si è venuta dunque a declinare, con riferimento al diritto amministrativo, su un piano procedurale, quale obbligo di produzione/non produzione dell'effetto precettivo corrispondente al potere attribuito all'Amministrazione. La fattispecie della situazione giuridica, in ragione del

---

Risulta chiaro, in effetti, che, nel momento in cui si postula una preclusione di carattere sostanziale in una particolare direzione, si rischia di svalutare il concreto declinarsi dei rapporti tra le parti nella realtà sostanziale, e, conseguentemente, anche la considerazione dell'effettiva spettanza dell'utilità finale a chi beneficia della preclusione. Si finisce cioè, nella sostanza, per adottare una logica (quantomeno latamente) *sanzionatoria* nei confronti della P.A. nell'esercizio del potere, rispetto alla quale la parte interessata può trarre vantaggio: ne deriva così una *supervalutazione* delle ragioni del privato ricorrente, che, nell'ambito di tale rappresentazione, potrebbe vedersi riconosciuto più di quanto gli spetta; e una conseguente svalutazione della dialettica giudiziale in ordine alla rappresentazione della controversia, e così delle ragioni di tutte le parti, con particolare rilievo, come detto, dei controinteressati, che dell'esercizio del potere non possono disporre. Sul punto, si rimanda a quanto da noi ampiamente considerato in *Potere*, II-1, cit., p. 7 ss.; *Considerazioni su preavviso di rigetto e preclusioni*, in *Dir. e proc. amm.*, 2024, p. 533 ss.

Ad ogni modo, il problema deve considerarsi superato a seguito della modifica intervenuta sull'art. 10 *bis*, l. n. 241/1990, ad opera della l. 11 settembre 2020, n. 120, che ha previsto che, in caso di annullamento in giudizio del provvedimento adottato a seguito della dialettica procedimentale preavviso di rigetto-osservazioni dell'istante-risposta dell'Amministrazione in motivazione, la P.A., nell'esercitare nuovamente il suo potere, «non possa addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato». La previsione in esame ha infatti sì introdotto una preclusione sostanziale, ma questa, oltre ad operare nel riesercizio del potere a seguito dell'annullamento giurisdizionale dell'atto (senza dunque toccare non solo lo svolgimento del giudizio di condanna ad un *facere*, inclusa l'allegazione di elementi in giudizio e la portata precettiva della relativa sentenza, ma neppure l'esercizio dei poteri di secondo grado), viene riferita ai soli casi in cui possa esservi in astratto (i procedimenti ad istanza di parte), e si sia effettivamente svolta in concreto, la dialettica procedimentale indicata, e – soprattutto – lasciando fuori dalla conseguenza preclusiva qualsiasi elemento che non possa considerarsi, secondo l'espressione della norma, *emergente* dall'istruttoria già compiuta. Si esclude così, per tale via, che possano ricevere positivo riscontro tutte le tesi in cui viene ipotizzata una preclusione di carattere sostanziale più o meno generale, che si verifichi *one shot*, qualsiasi ne sia il fondamento (oltre a quella di Trimarchi, qui ricordata, anche quella ipotizzata da M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, cit., 115 ss., peraltro dal medesimo A. più volte rimodulata e finanche abbandonata a favore di una definizione in via giudiziale della fattispecie controversa, in ragione dell'evoluzione del sistema nel corso degli anni). Se infatti una preclusione, riferibile ad un solo atto di esercizio del potere, è espressamente disciplinata, e limitata, nei termini di cui all'art. 10 *bis*,

rilievo in questo senso della struttura normativa della funzione, è costituita, corrispondentemente, dagli elementi, discrezionali e vincolati, idonei a definire l'obbligo stesso, caratterizzando quest'ultimo in positivo, in caso di loro sussistenza, ovvero in negativo, in caso di loro insussistenza.

Le norme che definiscono la fattispecie della situazione giuridica di potere, in questo senso intesa, sono le norme sostanziali sulla produzione. Non vengono in conto, invece, a tali fini, le norme formali/procedurali, che non concernono la sussistenza della situazione di potere, ma ineriscono al suo esercizio<sup>87</sup>. La produzione dell'effetto rispetto alla sussistenza dell'obbligo di non produrlo, così come la non produzione dell'effetto rispetto alla sussistenza dell'obbligo di produrlo, a loro volta, ledono la corrispondente pretesa rispettivamente alla non produzione e alla produzione dell'effetto; l'erroneità nelle modalità formali di esercizio del potere non incide invece su tali profili, cosicché, rispetto all'interesse sostanziale del singolo, la lesione formale/procedurale non può determinare l'annullamento dell'atto.

Non può ritenersi, però, che un vizio formale, ancorché non incidente sul contenuto sostanziale della decisione, non rivesta alcuna rilevanza. Le norme formali sulla produzione caratterizzano il modello di produzione quale modello processuale di accertamento, il quale, come detto, è ciò che determina il carattere procedurale delle stesse situazioni giuridiche, con quanto da ciò consegue.

L'interesse del soggetto che si appunta sulle norme formali sulla produzione può dirsi allora caratterizzare situazioni di carattere procedurale astratto, prettamente procedurali, rivolte alla correttezza formale della decisione. La loro lesio-

---

l. n. 241/1990, non può ammettersi che un'analogia preclusione, avente portata più pregnante e generalizzata, trovi riscontro nel nostro ordinamento; opinando in quest'ultimo senso, il dettato del nuovo periodo dell'art. 10 *bis* risulterebbe sprovvisto di qualsiasi valore precettivo. Di talché, l'art. 10 *bis*, nella sua rinnovata formulazione, più che costituire il fondamento su cui basare una generale connotazione preclusiva del riesercizio del potere, finisce allora in realtà per sancire, attraverso una preclusione limitata, il principio generale opposto; nel senso che, cioè, il riesercizio del potere, a seguito dell'annullamento dell'atto, non sarà mai precluso dal mero fatto di essere già stato esercitato, se non negli specifici termini e limiti previsti dalla norma (nel medesimo senso, cfr. V. CERULLI IRELLI, *Verso nuovi assetti del potere amministrativo e della tutela delle situazioni protette?*, in *Pers. Amm.*, 2/2021, p. 525).

<sup>87</sup>Per un ampio approfondimento di tale profilo, sia consentito rinviare a *Potere*, I, cit., p. 61 ss.; II-2, cit., p. 279 ss.

ne prescinde dal contenuto dispositivo della decisione, che può essere corretto pur se non viene osservata una norma formale, e dall'eventuale sussistenza o lesione di una situazione a rilievo sostanziale, che può mancare. La relativa violazione attiene cioè, in sé, solo al piano procedurale astratto.

Ciò caratterizza anche l'erroneità della motivazione. In merito ad essa, va infatti evidenziato come, pur se il singolo motivo riguardi la sussistenza o meno di un elemento sostanziale, la motivazione, in sé, concerne sempre la relativa rappresentazione: ancorché quest'ultima sia erronea, se è corretta la decisione sulla sussistenza/insussistenza della situazione giuridica (perché sussistono altri elementi alternativi/mancano altri elementi cumulativi della fattispecie), l'erroneità del motivo non incide, per definizione, sulla correttezza sostanziale della decisione medesima, e viene invece in rilievo sotto il profilo formale del corrispondente discorso giustificativo, in relazione ad una siffatta rappresentazione<sup>88</sup>.

La rilevanza, e l'effettiva consistenza, delle situazioni giuridiche prettamente procedurali dipendono poi, a loro volta, dal modello di produzione a cui si fa riferimento, il quale, in relazione alla funzione amministrativa, si è detto essere costituito da un modello processuale di accertamento, fondato, in via generale, su un contraddittorio collaborativo-garantistico.

In disparte la specifica declinazione delle singole garanzie procedurali attinenti a tale modello, va detto come, rispetto ad esse, si debba distinguere tra gli elementi che attengono a profili relativi alla *non obliterabilità dei caratteri essenziali della funzione*, e gli elementi formali e procedurali a cui è invece *estraneo tale carattere*.

Ora, secondo i canoni processuali precedentemente rappresentati, gli elementi relativi alla non obliterabilità devono considerarsi, *sotto il profilo soggettivo*, l'esplicazione nei propri confronti del *contraddittorio procedimentale*, per come potenzialmente influente sul contenuto della decisione, nei termini propri di un modello processuale collaborativo-garantistico<sup>89</sup>; *sotto il profilo oggettivo*, la *sussi-*

---

<sup>88</sup>Sul punto, si veda quanto ampiamente considerato in *Potere*, II-2, cit., p. 392 ss., a cui in queste sede si rimanda. Cfr. poi in particolare A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987, p. 399 ss.

<sup>89</sup>Il contraddittorio, come considerato *supra*, par. 3, ntt. 32-35, può infatti esplicarsi in varie modalità, trovando riscontro fintanto che l'apporto partecipativo non possa essere obliterato dall'autorità procedente. In questo senso, come visto, si sono individuati due modelli, quello

*stenza della motivazione della decisione*, la cui presenza consente il collegamento tra l'attività di accertamento, compiuta nel procedimento, e la decisione sulla situazione, che dell'accertamento è ad oggetto<sup>90</sup>. Gli altri vizi procedurali, invece, non parteciperebbero del medesimo ruolo rispetto alla funzione.

In questi termini, solo per la prima tipologia di elementi, e non anche per la seconda, deve essere assicurata in ogni caso un'autonoma tutela di invalidazione dell'atto, perché, appunto, nell'ipotesi in questione, non vi sarebbe semplicemente una funzione scorrettamente esercitata sotto il profilo formale/procedurale, ma si assisterebbe alla piena obliterazione dei caratteri essenziali della funzione<sup>91</sup>. In quest'ottica deve dunque essere letto anche l'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990, il quale, limitando l'annullabilità dell'atto per vizi formali o procedu-

---

prettamente garantistico, corrispondente, essenzialmente, alle garanzie del processo giurisdizionale (più nello specifico, a quelle riscontrabili nell'art. 6 CEDU, in sé considerato); e quello collobarativo-garantistico, ove l'autorità decidente non è pienamente separata dal soggetto procedente, in quanto la separazione è solo eventuale, e non è comunque perfetta sotto il profilo strutturale, ma la partecipazione delle parti non può comunque essere obliterata (è, questo il modello corrispondente al modulo generale dell'azione amministrativa). L'articolazione delle singole garanzie inerenti al contraddittorio risulta differente in relazione al modello preso in considerazione: in particolare, nel modello collaborativo-garantistico, rilievo pregnante è conferito all'esplicazione del contraddittorio verticale (ad es., per il procedimento amministrativo, obbligo di motivazione in ordine agli apporti partecipativi, preavviso di rigetto dell'istanza, ecc.). Lo stesso può dirsi per la loro consistenza interna, dipendendo, la relativa declinazione, dal rilievo teleologico che la partecipazione è strutturalmente idonea a rivestire nel modello in questione: essa assume, infatti, una declinazione correlata ad una partecipazione in sé considerata, per il modello di tipo prettamente garantistico; ovvero una declinazione corrispondente ad una partecipazione considerata in ragione del suo apporto specifico, per come potenzialmente rilevante sulla decisione, per il modello improntato al canone collaborativo-garantistico. In questo senso, anche la violazione del contraddittorio si ha, nel primo caso, quando, in ragione del vizio procedurale, la partecipazione non sia stata espletata (cosicché non vi sarebbe violazione qualora, pur in presenza del vizio, la partecipazione sia comunque avvenuta); nel secondo caso, invece, quando, in ragione del vizio procedurale, non sia stata espletata una partecipazione *potenzialmente influente*, nel caso di specie, sul contenuto della decisione (cosicché, secondo quanto si dirà di seguito nel testo, per escludere la violazione del contraddittorio, è sufficiente che la violazione non potesse essere potenzialmente influente). Sul punto, cfr. *Potere*, II-2, cit., pp. 283 ss. e 348 ss.

<sup>90</sup> La sussistenza della motivazione corrisponderebbe dunque, in questi termini, ad un elemento essenziale dell'atto, di carattere formale, in ragione appunto del ruolo che la motivazione svolge nell'esplicitazione della funzione: cfr. di seguito, nel testo.

<sup>91</sup> Per le considerazioni che seguono, cfr. ampiamente *Potere*, II-2, cit., pp. 372 ss. e 436 ss.; *Il contraddittorio procedimentale*, cit., pp. 237 e 246 ss.

rali per l'ipotesi in cui il contenuto della decisione sia corretto (e quindi non vi sia lesione della corrispondente situazione di pretesa sostanziale), stabilisce anche i termini di rilevanza, e di consistenza, delle situazioni giuridiche (prettamente) procedurali che fanno riferimento alla funzione amministrativa.

La tutela di invalidazione, in particolare, deve reputarsi esprimersi nelle seguenti modalità.

Per i vizi inerenti al contraddittorio, essa risulterebbe definita dal secondo periodo dell'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990. Questo, nell'interpretazione da noi sostenuta, non consente alla *potenziale influenza* sulla decisione di sfociare nell'*effettiva verifica* di un contenuto differente della decisione stessa<sup>92</sup>. La potenziale influenza, in questo senso, va verificata in concreto, ma è determinata dalla semplice rilevanza di profili ed elementi (attinenti ad aspetti vincolati o discrezionali della decisione) che il privato avrebbe allegato in sede procedimentale e che l'Amministrazione non ha comunque vagliato al fine dell'adozione della decisione; non potrebbero essere adottati invece, da parte della P.A., ai fini della dimostrazione della correttezza della decisione, motivi ulteriori rispetto a quelli fatti propri dalla motivazione dell'atto, e l'oggetto del giudizio non potrebbe essere esteso, in questo senso, alla situazione sostanziale. L'accoglimento della doglianza comporterebbe, di conseguenza, l'annullamento dell'atto per la sussistenza di un vizio procedimentale potenzialmente influente sulla decisione, con rinvio all'ordine procedurale amministrativo per l'adozione di una nuova determinazione<sup>93</sup>.

---

92 Cfr. *Potere*, II-2, cit. pp. 385 ss. e 440 ss.; *Il contraddittorio*, cit., p. 246 ss.

93 In questo modo, si assicura un'autonoma tutela di annullamento per le situazioni procedurali inerenti al contraddittorio, giacché, seppure si deve valutare la potenziale influenza della violazione procedurale sul contenuto della decisione, questa non sfocia in un accertamento dell'*effettiva influenza* su di esso, che sposterebbe, evidentemente, la lesione, e la relativa tutela, direttamente sulla situazione di pretesa sostanziale.

Le considerazioni sin qui effettuate sono poi riferite, come detto (cfr. subito sopra, in nota), al modello procedurale generale dell'azione amministrativa. Qualora venga in rilievo, invece, un modello processuale prettamente garantistico, fermo restando quanto rappresentato in ordine al generale inquadramento e ai termini di rilevanza delle tipologie di situazioni procedurali, lo scenario si pone in maniera differente sotto il profilo della diversa consistenza delle situazioni in questione, come pure si è avvertito: in tal caso, infatti, il riscontro della violazione è determinato dalla mancata possibilità di fruizione, in ragione del vizio occorso, della garanzia procedurale, in sé considerata, a prescindere dalla sua influenza sull'esito della decisione; il vizio comporta comunque l'annullamento del provvedimento impugnato, salvo, appunto, che della garanzia si sia comunque fruito (il modello è, in altri termini, quello espresso dall'art. 156, co. 3, c.p.c.). Lo

In questo senso, dunque, il secondo periodo dell'art. 21 *octies*, co. 2, differisce dal primo periodo della medesima disposizione, riferibile invece agli altri vizi formali o procedurali. Questo segue, al contrario, la logica opposta, consentendo, appunto, l'estendibilità dell'oggetto del giudizio alla pretesa sostanziale e la conseguente allegazione di tutti gli elementi rilevanti in giudizio, anche ulteriori rispetto a quelli espressi nella motivazione dell'atto. La violazione procedurale semplice è quindi recuperata nel processo, ove si rivaluta la situazione sostanziale in questione. Si esclude così, corrispondentemente, in questa ipotesi, l'annullabilità dell'atto che non dipenda da una lesione della situazione sostanziale (e quindi da una decisione *sostanzialmente* scorretta, perché dispone di produrre/non produrre l'effetto invece di non produrlo/produrlo). La rilevanza della lesione di tali situazioni procedurali può allora ricevere riscontro, in via generale, solo nella tutela per equivalente, e quindi nella possibilità di integrazione, in una siffatta evenienza, di una pretesa *risarcitoria*.

Il profilo dell'obliterazione della funzione sotto il profilo oggettivo verrebbe invece in questione, come detto, al cospetto di un provvedimento non motivato. L'assenza di motivazione – a differenza della mera scorrettezza della stessa – si avrebbe, nello specifico, nel caso in cui l'enunciato corrispondente alla motivazione non sia presente, oppure si risolva in una formula di stile, non indicante alcun presupposto di fatto e alcuna ragione di diritto che possa astrattamente porsi, ri-

---

stesso accade, va aggiunto, con riferimento ad una decisione assunta nell'ambito di un modello procedurale collaborativo-garantistico, in relazione a quelle violazioni che sono state sottratte all'applicazione della non annullabilità ai sensi dell'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990, o attraverso una deroga espressa, oppure attraverso una particolare previsione di nullità dell'atto, che elimina strutturalmente la riferibilità alla non annullabilità: in tali ipotesi, infatti, deve ritenersi essersi al cospetto di specifica scelta normativa in senso garantistico, in ordine alla garanzia in questione. In particolare, la prima delle due evenienze prospettate è ciò che si riscontra con la modifica dell'art. 21 *octies*, co. 2, intervenuta ad opera della l. n. 120/2020: questa ha infatti introdotto una *terza parte* al co. 2 appena richiamato, attraverso la quale si è escluso, per le violazioni inerenti all'art. 10 *bis*, l. n. 241/1990, concernenti la particolare modalità procedurale del preavviso di rigetto, l'applicabilità della seconda parte del medesimo comma, e quindi la regola della non annullabilità dell'atto nella sua declinazione riferita alla violazione delle norme inerenti al contraddittorio procedimentale; in questo modo, il vizio procedurale (l'omissione del preavviso di rigetto) è stato considerato in sé sufficiente ad integrare la violazione del contraddittorio (a prescindere dalla potenziale influenza sulla decisione, che non va quindi vagliata).

spetto ad una correlata attività verificativa, a fondamento della decisione<sup>94</sup>, senza che le ragioni della decisione stessa siano state rappresentate, in quanto tali, in altri atti del procedimento. In questi termini, mancherebbe il collegamento tra l'accertamento come attività di verifica e l'accertamento come contenuto della decisione, con conseguente obliterazione del carattere strutturale della funzione quale improntata ad un modello procedurale di accertamento.

In ragione del ruolo che la motivazione svolge nell'esplicitazione della funzione, deve allora considerarsi mancante, in tale ipotesi, un elemento essenziale, di carattere formale, dell'atto. Il provvedimento adottato, di conseguenza, sarebbe nullo, a norma dell'art. 21 *septies*, l. n. 241/1990<sup>95</sup>. La nullità, a sua volta, varrebbe in ogni caso, giacché il riferimento dell'art. 21 *octies*, co. 2, è rivolto unicamente

---

<sup>94</sup> Per tali categorie, si veda M. TARUFFO, *Motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, p. 784 ss. All'evenienza descritta nel testo dovrebbe ricondursi anche la disomogeneità e mancanza di collegamento tra motivazione e dispositivo (si badi, sotto un profilo unicamente esterno, non sotto quello della contraddittorietà, incongruenza o incoerenza interna dei relativi elementi), salvo non ricadersi in una mera erroneità materiale nell'indicazione contenuta nel dispositivo stesso.

<sup>95</sup> Si veda *Potere*, II-2, cit., pp. 408 e 413 ss.

In generale, va rilevato come in dottrina si registri la posizione che vede nell'assenza della motivazione un vizio di nullità del provvedimento per mancanza, sotto vario profilo, di un elemento essenziale dell'atto: si vedano, in questo senso, con differenti declinazioni e ambiti di estensione, in particolare M. D'ORSOGNA, *La nullità del provvedimento amministrativo*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, p. 365; A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, 2013, pp. 284 ss. e 295; per l'ipotesi in cui il vizio della motivazione impedisca la conoscibilità delle ragioni della decisione G. MANNUCCI, *Uno, nessuno, centomila. Le motivazioni del provvedimento amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2012, pp. 885 ss. e 904 ss.; quantomeno per la parte di motivazione necessaria all'identificazione del potere esercitato L. FERRARA, *Motivazione e impugnabilità degli atti amministrativi*, in *Foro amm. TAR*, 2008, p. 1197 ss.; come possibilità anche D.U. GALETTA, *L'art. 21-octies della novellata legge sul procedimento amministrativo nelle prime applicazioni giurisprudenziali: un'interpretazione riduttiva delle garanzie procedurali contraria alla Costituzione e al diritto comunitario*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Riforma della L. 241/1990 e processo amministrativo*, *Quad. Foro amm.-TAR*, Milano, 2006, p. 100 ss. La tesi per cui l'assenza, o anche solo del vizio, di motivazione, comporterebbe la nullità per mancanza di un elemento essenziale dell'atto, non ha trovato, ad ogni modo, generale riscontro, come noto: si vedano, in giurisprudenza, *ex multis* Cons. St., sez. VI, 17 gennaio 2008, n. 94; TAR Piemonte, sez. I, 9 novembre 2005, n. 3501; sulla non riconducibilità della motivazione ad un elemento essenziale, tra gli altri, F. CARDARELLI, *Motivazione del provvedimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, p. 423 ss.; M.C. CAVALLARO, *Gli elementi essenziali dell'atto amministrativo. Il problema della nullità*, Torino, 2012, p. 60 ss.; S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, pp. 209-210.

all'atto annullabile. Anche tale evenienza, in ragione del rilievo sulla funzione, consentirebbe poi di ottenere il rinvio all'ordine procedurale amministrativo, senza, cioè, che la fattispecie sostanziale (obbligo di produrre/non produrre l'effetto) sia definita in sede giudiziale.

A quest'ultimo proposito, può ritenersi infatti che la distinzione delle prime due parti del co. 2 dell'art. 21 *octies*, per come da noi valorizzata nei termini appena spiegati, proponga una differenziazione che, oltre a trovare applicazione con riferimento alla specifica ipotesi considerata – concernente la declinazione, in rapporto con il relativo trattamento dell'invalidità degli atti, della rilevanza, e della consistenza, delle differenti tipologie di situazioni giuridiche contemplate dalla norma, nell'ambito procedurale di riferimento – risulta idonea ad assumere anche un ruolo di maggiore pregnanza all'interno della nostra ricostruzione. La distinzione presente nella disposizione in esame può, cioè, ritenersi espressione di un principio più generale, di *non obliterazione dei caratteri essenziali della funzione*, che si esplicherebbe nel senso di *evitare tale obliterazione, attraverso la necessaria possibilità di rimessione all'ordine procedurale amministrativo*, per l'ipotesi in cui manchi la riconoscibilità della funzione quale modello processuale di accertamento<sup>96</sup>.

In questo più ampio senso, il principio in questione si deve reputare trovare applicazione non solo per l'obliterazione del rilievo strutturale della funzione sotto il profilo soggettivo, coincidente, come detto, con la violazione della situazione concernente l'esplicazione, nei propri confronti del contraddittorio procedimentale; ma, appunto, anche sotto quello oggettivo, rappresentato dall'assenza completa di motivazione del provvedimento, per cui, in ragione dei caratteri che a quest'ultima si sono riconosciuti, non risulterebbe garantito, nella manifestazione della decisione, il collegamento tra accertamento come verifica e accertamento come contenuto dell'atto. Ciò, va aggiunto, a prescindere dalla considerazione che riceve, nelle relative ipotesi, il trattamento dell'invalidità del provvedimento (annullamento o nullità). In ogni caso, vi potrà essere, così, la tutela conseguente all'invalidazione dell'atto; e potrà esservi comunque *rimessione* all'ordine procedurale amministrativo, in ragione della sua precedente obliterazione.

---

<sup>96</sup> *Potere*, II-2, cit., p. 417 ss.

L'autonoma tutela di invalidazione, con eventuale rinvio all'Amministrazione, è ciò che quindi consegue all'obliterazione dei caratteri essenziali della funzione amministrativa.

In definitiva, può dunque concludersi nel senso che, nella nostra ricostruzione, pur incentrata sulla situazione a rilievo sostanziale che si pone in rapporto con il potere amministrativo, e sulla possibilità che essa sia posta ad oggetto del giudizio, non viene negata la rilevanza delle situazioni di carattere procedurale, e delle esigenze collegate alla correttezza procedimentale.

Nella prospettiva rappresentata, infatti, dette situazioni ricevono rilievo *in diretta correlazione con l'espressione del valore sotteso al modello strutturale della funzione*, giacché il profilo in questione, per rimanere intatto, implica *un limite alla possibilità di sopperire, in via giudiziale, all'obliterazione del modello processuale di accertamento proprio della funzione amministrativa*.

Sotto un profilo più generale, ed esterno alla funzione, il rilievo delle situazioni procedurali è poi assunto in ogni caso dal sistema, in ragione della circostanza per cui la violazione di una delle situazioni in questione comporta comunque conseguenze, come detto, in ordine alla responsabilità del relativo comportamento lesivo. La lesione di una situazione giuridica procedimentale, ancorché non inerente all'obliterazione dei caratteri essenziali della funzione (e, quindi, non idonea a comportare l'annullamento con rinvio all'ordine amministrativo), deve cioè comunque essere considerata *risarcibile*, in sé considerata (si pensi, in questo senso, ad una motivazione, presente ma scorretta in ordine ai presupposti enucleati, rispetto alla quale la decisione adottata si riveli tuttavia sostanzialmente corretta; ovvero al caso del danno da c.d. mero ritardo; ecc.)<sup>97</sup>.

## 6. Considerazioni sistematiche conseguenti

La generale ricostruzione che si è data del potere e della funzione ha dunque consentito una rappresentazione dei rapporti che ineriscono alla funzione amministrativa, e, nella sostanza, un complessivo inquadramento dell'intero sistema proprio del diritto amministrativo.

La struttura normativa della funzione, nel rilievo che si è ritenuto di doverle conferire, è, in tale prospettiva, il profilo su cui viene a fondarsi il sistema am-

---

<sup>97</sup> Cfr. ancora *Potere*, II-2, cit., p. 454 ss., ed ivi i relativi approfondimenti e riferimenti.

ministrativo. Il potere, e le posizioni che rispetto ad esso si correlano, costituiscono il fulcro da cui, sotto un profilo metodologico, la ricostruzione di detto sistema è dovuta partire, e la nostra proposta è stata quella di ricondurre la loro caratterizzazione alla struttura della funzione, interpretandola nei termini rappresentati.

La situazione giuridica di potere, nella sua caratterizzazione procedurale, che connota corrispondentemente le situazioni che con essa si pongono in rapporto, sotto un profilo concreto, a rilievo sostanziale, ovvero astratto, prettamente procedurale, insieme con la caratterizzazione della discrezionalità, che sul medesimo piano procedurale trova la sua definizione, rappresenta la compiuta espressione dell'impostazione da noi adottata. La declinazione degli istituti giurisdizionali segue di conseguenza, quale aspetto che completa, sotto il profilo patologico, la ricostruzione sostanziale.

L'intero sistema, a questo punto, può essere inquadrato nella chiave di lettura proposta, anche rispetto ai profili ulteriori che sono idonei a completarne la rappresentazione.

a) Procedendosi in questo senso, si può, in primo luogo, delineare in maniera corrispondente anche la determinazione del piano *prettamente sostanziale* dell'agire amministrativo, che può comunque assumere, sotto taluni profili, una sua autonoma rilevanza, rispetto a quello procedurale (prettamente procedurale astratto, e procedurale concreto, a rilievo sostanziale).

Su piano prettamente sostanziale si possono infatti descrivere le situazioni *esterne alla funzione*, che come tali si caratterizzano in chiave residuale rispetto a quelle procedurali. Più nello specifico, la distinzione dei piani, per tale via, può chiarire in senso corrispondente, in generale, la differenziazione tra *diritti soggettivi* e *interessi legittimi*. Questi ultimi si qualificano, infatti, quali situazioni procedurali, di carattere astratto o concreto, nei termini anzidetti. I primi, invece, sarebbero comunque situazioni prettamente sostanziali, ancorché possano presentarsi come mediamente collegati all'esercizio del potere (e, quindi, come tali, assoggettabili dal legislatore alla giurisdizione esclusiva del giudice

amministrativo)<sup>98</sup>.

In tale prospettiva, sotto un profilo più particolare, la rilevanza del piano prettamente sostanziale permette di conferire rilievo *alla buona fede e alla correttezza* nel diritto amministrativo, senza per questo portare ad un'obliterazione del rilievo normativo della struttura processuale della funzione. La pretesa alla buona fede e correttezza, che può per tale via configurarsi in capo al privato, non sarebbe infatti in sé omnicomprensiva della sostanza del rapporto tra operatore e P.A., come è proprio di una prospettiva radicalmente sostanzialistica<sup>99</sup>; essa avrebbe, invece, la consistenza di situazione residuale, di diritto soggettivo collegato con il potere ma esterno alla sostanza strutturale della funzione, ravvisabile per il caso in cui l'interesse del privato non corrisponda né ad una pretesa a rilievo sostanziale (alla produzione/non produzione dell'effetto auspicato/non auspicato) né ad una pretesa procedimentale astratta (all'astratta correttezza del procedimento), ma si presenti comunque rilevante rispetto alla correttezza dell'agire amministrativo<sup>100</sup>.

Ancora, la distinzione del piano prettamente sostanziale da quello procedurale è ciò che consente di fornire una specifica caratterizzazione della *responsabilità amministrativa*. Quest'ultima, facendo riferimento ad una responsabilità da esercizio di una funzione, la cui struttura normativa si caratterizza in senso processuale, può essere qualificata quale *responsabilità da attività procedurale* (in maniera non dissimile, in termini di principio, dalla caratterizzazione che andreb-

---

<sup>98</sup>In proposito, cfr. *Potere*, II-2, cit., p. 486 ss.; *Considerazioni generali su buona fede e responsabilità nel diritto amministrativo*, in *Pers. amm.*, 2023, 2, p. 648 ss.

<sup>99</sup>Si veda, sul punto, *Potere*, II-2, cit., p. 477 ss.; *Considerazioni generali su buona fede e responsabilità*, cit., p. 603 ss.

<sup>100</sup>È questa l'ipotesi di una lesione derivante da una decisione sostanzialmente scorretta (si è prodotto/non prodotto un effetto che non andava/andava prodotto), ma favorevole, per cui la lesione non è né quella alla pretesa (procedurale) a rilievo sostanziale, la cui sussistenza non è fondata (non si aveva diritto alla produzione/non produzione dell'effetto), né quella ad una pretesa procedimentale astratta, considerato il relativo appuntarsi sulla scorrettezza appunto sostanziale della decisione. In tali ipotesi, non viene in conto un problema di validità dell'atto, ma si configura come risarcibile la lesione della buona fede e dell'affidamento. L'es., che solitamente si porta, è quello dell'annullamento d'ufficio, legittimo, di un atto favorevole, illegittimo, determinato dall'erroneità sostanziale della decisione sull'esercizio del potere, nel senso anzidetto. Cfr. ancora *Potere*, II-2, *loc. ult. cit.*; *Considerazioni generali su buona fede e responsabilità*, *loc. ult. cit.*

be quindi conferita anche alla responsabilità del giudice). La responsabilità della P.A. potrebbe così prescindere, in questo modo, dalla dicotomia tra responsabilità extracontrattuale/da inadempimento di un'obbligazione (sostanzialistica), e trovare, corrispondentemente, una sua compiuta, e più precisa, collocazione (con relativa possibilità di declinazione del proprio statuto e della relativa disciplina)<sup>101</sup>.

b) In secondo luogo, la caratterizzazione della funzione in chiave processuale consente anche di distinguere le *tipologie di funzioni* proprie, su un piano strutturale, della generale azione amministrativa, così definendo compiutamente il quadro complessivo di riferimento.

In questo senso, accanto alla funzione *ordinaria*, avente contenuto di accertamento rispetto alla sussistenza di una o più situazioni di potere, oggetto specifico della nostra trattazione, si sono potute individuare le seguenti tipologie generali di funzioni.

Da un lato, vi è una funzione che può dirsi *di secondo grado*, ove l'oggetto del procedimento è costituito dall'accertamento della/e situazione/i di potere di secondo grado (annullamento d'ufficio, convalida, ecc., quali poteri autonomi rispetto a quelli originari). Attraverso l'esercizio di tale funzione, e dei corrispondenti poteri, è possibile porre in discussione l'effetto di vincolo all'accertamento compiuto, che deve considerarsi prodotto dall'atto amministrativo esercizio del potere di primo grado<sup>102</sup>, oppure far venir meno l'effetto costitutivo prodotto da detto provvedimento, in ragione di una sopravvenienza che supera l'accertamento precedente<sup>103</sup>.

---

101 Anche su questo tema, si veda, per un approfondimento, *Potere*, II-2, cit., p. 489 ss.; *Considerazioni generali su buona fede e responsabilità*, cit., p. 656 ss.

102 In ordine alla nostra ricostruzione, per cui, in considerazione della struttura normativa della funzione quale modello procedurale di accertamento, si può ricavare, in via funzionale, che il provvedimento produca un effetto dichiarativo, di vincolo all'accertamento sulla/e situazione/i giuridica/he di potere che ne è/sono ad oggetto (l'obbligo di produrre/di non produrre il/i relativo/i effetto/i), che può essere messo in discussione con il ricorso giurisdizionale o con l'esercizio del potere di secondo grado, si rimanda a *Potere*, I, cit., p. 496 ss.

103 Si veda in generale la ricostruzione effettuata in *Considerazioni generali sui poteri amministrativi di secondo grado*, cit.; *Riesercizio del potere e poteri amministrativi di secondo grado*, in *Dir. amm.*, 2025, p. 1103 ss. Cfr. già *Potere*, II-2, cit., p. 460 ss.

Dall'altro, può individuarsi una funzione *esecutiva*, in cui l'esercizio del potere (la produzione del relativo effetto) si pone come conseguenza non dell'esercizio della funzione corrispondente, ma di un accertamento contenuto in una differente decisione: sia questa contenuta in una sentenza del giudice, che debba essere eseguita, o in un accertamento di un potere di secondo grado della stessa Amministrazione, che porti alla produzione di differenti effetti precettivi rispetto a quelli di primo grado<sup>104</sup>.

c) In terzo luogo, negli stessi termini, può evidenziarsi come la stessa Amministrazione, intesa nella sua valenza di apparato organizzativo, possa ricevere una sua caratterizzazione nel medesimo senso procedurale. Tale caratterizzazione, in particolare, in ragione dell'impostazione ricostruttiva adottata, esprime una linea di continuità tra struttura organizzativa e attività. Tuttavia, in forza della medesima impostazione strutturale, di stampo processuale, non è comunque riscontrabile la risoluzione del momento soggettivo in quello oggettivo, giacché il ruolo dei contraddittori, per sua natura, non definisce strutturalmente una co-decisione con l'organo decidente, che tale risoluzione verrebbe a determinare. Corrispondentemente, la linea di continuità indicata si dispiega senza sfociare in una compiuta commistione tra piano statico dell'organizzazione e piano dinamico

---

104 L'ipotesi in questione si ha, dunque, quando vi è l'esercizio di un potere (la produzione del relativo effetto), senza che tuttavia l'Amministrazione eserciti la relativa funzione, senza che proceda, cioè, all'accertamento della/e situazione/i giuridica/he di potere in questione. Essa esercita, invece, una differente funzione, di carattere appunto esecutivo, all'interno della quale, prendendosi in considerazione un accertamento contenuto in una differente decisione, viene eseguito l'obbligo che ad esso si correla attraverso la produzione dell'effetto corrispondente (attraverso l'esercizio del corrispondente potere). Essenzialmente, il riferimento all'accertamento compiuto è quello contenuto nella sentenza del giudice. Potrebbe trattarsi, però, come detto nel testo, anche di una decisione di secondo grado della P.A., nei termini in cui l'esito dell'esercizio dei poteri di secondo grado, che vengono in considerazione rispetto alla valutazione effettuata in relazione all'accertamento originario sulla situazione di potere, comporti, quale conseguenza, la necessità di produzione dei relativi effetti in un senso ulteriore, e a ciò non risulti correlato un potere di secondo grado tipico di modifica/riforma, attraverso il quale produrre gli effetti stessi: con riferimento a tale ipotesi, si sarebbe infatti al cospetto di una funzione esecutiva, in quanto l'esercizio del potere originario avverrebbe non nei termini della funzione corrispondente, ma in ragione della sua consequenziale definizione, e necessaria attuazione, rispetto all'esercizio della funzione di secondo grado (in questi termini, cfr. anche N. BERTI, *La modifica dei provvedimenti amministrativi*, Torino, 2022, p. 5 ss.). Si veda *Potere*, II-2, cit., p. 475 ss.

dell'attività, che oblitererebbe la distinzione tra i due profili<sup>105</sup>.

Su tali basi, risulta quindi possibile ripensare il profilo soggettivo dell'Amministrazione, tentando, così, di edificare su più rigorose fondamenta teoriche l'intera struttura dei rapporti organizzativi, attualmente oggetto di rappresentazioni che tradiscono un'adesione asettica, non sempre consapevole, a modelli tradizionali, fondati su presupposti in parte non più attuali, e basati su categorie spesso marcate da una certa indeterminatezza concettuale<sup>106</sup>.

d) Infine, considerazioni analoghe a quelle appena rappresentate potrebbero effettuarsi anche sugli ulteriori profili correlati a quelli già esaminati, siano essi di carattere generale (come, ad es., l'ambito di estensione della discrezionalità amministrativa), ovvero di carattere particolare (quali l'ulteriore svolgimento dei singoli istituti procedurali afferenti alla realtà amministrativa). Consentendo così di pervenire ad una compiuta definizione del sistema, nel senso rappresentato.

## **7. Considerazioni conclusive**

L'analisi in questa sede effettuata ha avuto, quale suo scopo, quello di fornire una specifica ricostruzione del potere e delle situazioni giuridiche soggettive nel diritto amministrativo.

Lo svolgimento compiuto, a sua volta, risulta idoneo ad assumere un duplice rilievo, sia sotto il profilo metodologico, sia sotto quello contenutistico.

In ordine al primo, il discorso svolto consente di superare l'inversione metodologica che tradizionalmente si registra tra sostanza e processo, per cui si assiste al tentativo di considerare la problematica qui in esame prescindendo da una precisa definizione del dato sostanziale di riferimento (il potere e l'interesse legittimo), per l'indubbia difficoltà con cui ci si verrebbe per tale via a confrontare. Si cerca cioè, essenzialmente, di fornire alle questioni trattate una soluzione in via indiretta, ricavandola dai profili di tutela giurisdizionale, scontrandosi però, per tale via, con l'insuperabile inconsistenza concettuale del referente sostanziale da cui si prendono le mosse.

---

<sup>105</sup> Tale profilo è stato da noi approfondito nel saggio *Considerazioni generali sull'organizzazione amministrativa*, cit., a cui si rinvia per i relativi approfondimenti.

<sup>106</sup> Cfr. ancora *Considerazioni generali sull'organizzazione amministrativa*, cit.

La nostra ricostruzione della/e situazione/he giuridica/he del privato che si confronta/no con il potere amministrativo si pone invece su un piano sostanziale, avendo, come punto di partenza metodologico, il potere come situazione giuridica, e, quale suo svolgimento, la rilevanza attribuita alla struttura della relativa funzione. Il rapporto con l'accertamento giudiziale, e il corrispondente esplicitarsi del processo giurisdizionale, rappresentano, per tale via, solo il profilo successivo, idoneo a definire, in quanto tale, la corrispondente declinazione del sistema.

L'inversione denunciata deve quindi essere abbandonata, rappresentando nient'altro che un retaggio storico del nostro sistema; retaggio che, per tale via, tradisce la sua perdurante influenza sul quadro attuale di riferimento del diritto amministrativo.

Riportata la questione nei termini che le sono propri, può passarsi al rilievo contenutistico della ricostruzione da noi effettuata. Questa ha affrontato la considerazione del potere e delle situazioni giuridiche – e, più in generale, dello stesso fenomeno dell'azione amministrativa – venendosi a collocare all'interno di una specifica contrapposizione, che, nel medesimo quadro attuale di riferimento, ha, a nostro avviso, assunto rilievo centrale (superando quella, di stampo maggiormente tradizionalistico, tra potere 'privato' e potere 'pubblico'). Ci si riferisce, in questo senso, all'alternativa tra la valorizzazione del dato prettamente sostanziale, che contrappone, nelle loro sfere sostanziali, l'individualità dell'Amministrazione all'individualità del cittadino<sup>107</sup>; e la valorizzazione della funzione in termini strutturali, dell'azione amministrativa come formazione della decisione, nel cui ambito si colloca il rapporto tra le situazioni giuridiche dei soggetti coinvolti, declinandosi in termini corrispondenti<sup>108</sup>.

In tale prospettiva, al cospetto della scelta tra considerazione dell'Amministrazione come soggetto di diritto comune e considerazione dell'Amministrazione come ordine processuale rispetto al quale avviene la contrapposizione tra posizioni (o, quantomeno, tra preminenza dell'una considerazione rispetto all'altra), si è da parte nostra, aderito alla seconda delle due prospettive, e si è cercato di darne

---

107L'impostazione della Scuola fiorentina, con cui ci si è più volte confrontati nel corso della trattazione.

108Che si riscontra anche nella Scuola oggettivistica (su cui cfr. *supra*, nt. 33), ma che da noi è stata assunta nei termini specifici che si è avuto modo di rappresentare, da un lato, e in maniera meno radicale, dall'altro, con riferimento all'oggettivizzazione dell'azione amministrativa.

una lettura che fosse idonea a porsi in una sua specifica declinazione; più in particolare di darne una lettura in quegli specifici termini che si ritiene caratterizzino la struttura della funzione pubblica all'interno della nostra visione dell'ordinamento giuridico<sup>109</sup>.

Si spera, in tal modo, di essere riusciti a fornire un contributo che sia stato idoneo a suscitare, sia sotto un profilo metodologico, sia sotto quello della peculiarità dell'impostazione adottata, quantomeno uno spunto di riflessione a chi ha avuto la pazienza di seguire il ragionamento da noi svolto.

---

109 In proposito, che l'impostazione da noi proposta consenta di superare una visione normativamente asettica del potere (propria di uno strenuo sostanzialismo, come detto), senza per questo sfociare in una negazione del dato soggettivo (propria invece della visione oggettivistica, nei termini ricordati alla nota precedente), in ragione della valorizzazione di una concezione processuale dell'azione amministrativa avente il suo fulcro nella decisione, è riconosciuto da G. TROPEA, *Potere giuridico e diritti indegradabili*, in *Dir. e proc. amm.*, 2025, p. 47 ss. (il quale comunque descrive, la nostra concezione, in termini 'radicali', in ragione della considerazione normativa da parte nostra conferita all'accertamento, sulla cui divisibilità o meno l'A. lascia aperta la questione).